Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2002 Vol. 4

Cited as [2002] 4 S.C.R. 3-244

1er cahier, 2002 Vol. 4

Renvoi [2002] 4 R.C.S. 3-244

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2003.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

CONTENTS

Apotex Inc. *v.* Wellcome Foundation Ltd.....153

Patents — Validity — Standard of review — Appropriate standard of review of patent issues of mixed fact and law.

Patents — Validity — Biotechnology — New use for old compound — Statutory requirement for invention — Utility — Doctrine of sound prediction — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether patent valid — Whether doctrine of sound prediction applies — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 "invention", 27, 34(1).

Patents — Validity — Covetous claiming — Patent holder claiming prophylactic as well as treatment properties for AZT — Whether claim exceeds disclosure.

Patents — Inventorship — Inventors and verifiers — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether verifiers who performed critical testing co-inventors — Whether omission to name them "wilfully made for the purpose of misleading" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 53(1).

Harvard College *v.* Canada (Commissioner of Patents) 45

Patents — Patentable subject matter — Standard of review — Standard of review applicable to Commissioner of Patent's decision to refuse patent.

Patents — Patentable subject matter — Biotechnology — Patentability of higher life forms — College seeking to patent genetically altered mouse for cancer research — Whether "invention" encompasses higher life forms — Meaning of "manufacture" and "composition of matter" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 "invention".

Ruby *v.* Canada (Solicitor General) 3

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of the person — Right to privacy — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Provisions infringing freedom of expression — Whether infringement constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Continued on next page

SOMMAIRE

Apotex Inc. *c.* Wellcome Foundation Ltd.....153

Brevets — Validité — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux questions mixtes de droit et de fait en matière de brevets.

Brevets — Validité — Biotechnologie — Nouvelle utilisation d'un composé déjà connu — Condition légale à remplir pour qu'il y ait invention — Utilité — Règle de la prédiction valable — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Le brevet est-il valide? — La règle de la prédiction valable s'applique-t-elle? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention », 27, 34(1).

Brevets — Validité — Visées trop ambitieuses — Titulaire du brevet revendiquant des propriétés prophylactiques et thérapeutiques en ce qui concerne l'AZT — Cette revendication excède-t-elle la portée de la divulgation?

Brevets — Paternité de l'invention — Inventeurs et vérificateurs — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Les vérificateurs ayant effectué des tests cruciaux sont-ils des coïnventeurs? — L'omission de les désigner a-t-elle été « volontairement faite pour induire en erreur »? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 53(1).

Harvard College *c.* Canada (Commissaire aux brevets).....45

Brevets — Objet brevetable — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable au refus du commissaire aux brevets de délivrer le brevet sollicité.

Brevets — Objet brevetable — Biotechnologie — Brevetabilité des formes de vie supérieures — Collège cherchant à faire breveter une souris génétiquement modifiée pour les fins de la recherche sur le cancer — Le mot « invention » englobe-t-il les formes de vie supérieures? — Sens des mots « fabrication » et « composition de matières » — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention ».

Ruby *c.* Canada (Solliciteur général) 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Droit à la vie privée — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Privacy — Access to personal information — Exemptions — Law enforcement and investigation — Whether exemption in s. 22(1)(b) of Privacy Act limited to current investigations — Whether notion of "injury" in s. 22(1)(b) to be extended to investigations in general — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b).

Privacy — Access to personal information — Review by Federal Court where access refused — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Costs — Supreme Court of Canada — Constitutional issues — Constitutional issues raised by appellant serious, important and novel in context of access to information litigation — Appropriate in this case to award costs of proceedings in Supreme Court and courts below to appellant even though appeal only allowed in part — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Spar Aerospace Ltd. *v.* American Mobile Satellite Corp. **205**

Conflict of laws — Jurisdiction of Quebec courts — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — Whether Quebec courts can assert jurisdiction — Whether damage to plaintiff's reputation meets "damage" ground under art. 3148(3) C.C.Q. — Whether such damage constitutes "injurious act" within meaning of art. 3148(3) — Whether "real and substantial connection" requirement must be satisfied in determining jurisdiction of Quebec courts.

Conflict of laws — Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — If Quebec courts have jurisdiction, whether jurisdiction should be declined on basis of doctrine of forum non conveniens pursuant to art. 3135 C.C.Q.

SOMMAIRE (Suite)

et libertés? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Dispositions portant atteinte à la liberté d'expression — Cette atteinte est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Enquêtes — L'exception prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne vise-t-elle que les enquêtes en cours? — La portée du terme « nuire » utilisé à l'art. 22(1)b) doit-elle être étendue aux enquêtes en général? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22(1)b).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Recours en révision devant la Cour fédérale en cas de refus de communication — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions sont-elles constitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Dépens — Cour suprême du Canada — Questions constitutionnelles — Questions constitutionnelles soulevées par l'appelant comportant un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information — Il convient en l'espèce d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour suprême et devant les juridictions inférieures même si l'appel est accueilli en partie seulement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Spar Aerospace Ltée *c.* American Mobile Satellite Corp. **205**

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

dans plusieurs ressorts — Action de la demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Les tribunaux du Québec peuvent-ils se déclarer compétents? — L'atteinte portée à la réputation de la demanderesse satisfait-elle à l'exigence relative au « préjudice » de l'art. 3148(3) C.c.Q.? — L'atteinte à la réputation constitue-t-elle un « fait dommageable » au sens de l'art. 3148(3)? — L'exigence d'un « lien réel et substantiel » doit-elle être remplie pour déterminer la compétence des tribunaux québécois?

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts — Action de la demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Même si les tribunaux québécois sont compétents, devraient-ils se déclarer incompétents selon la doctrine du forum non conveniens conformément à l'art. 3135 C.c.Q.?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 4, 2002

4e volume, 2002

Clayton Charles Ruby *Appellant*

v.

Solicitor General of Canada *Respondent*

and

Privacy Commissioner of Canada and Robert Lavigne *Interveners*

INDEXED AS: RUBY *v.* CANADA (SOLICITOR GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 75.

File No.: 28029.

2002: April 24; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of the person — Right to privacy — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Provisions infringing freedom of expression — Whether infringement constitutional — Canadian Charter of Rights and

Clayton Charles Ruby *Appelant*

c.

Solliciteur général du Canada *Intimé*

et

Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et Robert Lavigne *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RUBY *c.* CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 75.

N° du greffe : 28029.

2002 : 24 avril; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Droit à la vie privée — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer

Freedoms, ss. 1, 2(b) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Privacy — Access to personal information — Exemptions — Law enforcement and investigation — Whether exemption in s. 22(1)(b) of Privacy Act limited to current investigations — Whether notion of "injury" in s. 22(1)(b) to be extended to investigations in general — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b).

Privacy — Access to personal information — Review by Federal Court where access refused — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Costs — Supreme Court of Canada — Constitutional issues — Constitutional issues raised by appellant serious, important and novel in context of access to information litigation — Appropriate in this case to award costs of proceedings in Supreme Court and courts below to appellant even though appeal only allowed in part — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Pursuant to s. 12(1)(*a*) of the *Privacy Act*, R made a request to be given access to personal information contained in an information bank maintained by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). CSIS would neither confirm nor deny the existence of the information but, if such information did exist, refused to disclose the information claiming the exemptions under ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act. Section 19 provides that a government institution shall refuse to disclose personal information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international

les renseignements personnels demandés — Dispositions portant atteinte à la liberté d'expression — Cette atteinte est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Enquêtes — L'exception prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne vise-t-elle que les enquêtes en cours? — La portée du terme « nuire » utilisé à l'art. 22(1)b) doit-elle être étendue aux enquêtes en général? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22(1)b).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Recours en révision devant la Cour fédérale en cas de refus de communication — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions sont-elles constitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Dépens — Cour suprême du Canada — Questions constitutionnelles — Questions constitutionnelles soulevées par l'appelant comportant un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information — Il convient en l'espèce d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour suprême et devant les juridictions inférieures même si l'appel est accueilli en partie seulement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

L'appelant, R, a demandé, en vertu de l'al. 12(1)*a*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la communication de renseignements personnels contenus dans un fichier tenu par le Service canadien du renseignement de sécurité (le « SCRS »). Le SCRS n'a pas confirmé ou nié l'existence des renseignements, mais a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. L'article 19 précise que l'institution fédérale concernée doit refuser la communication de

organization, unless that government or organization agrees to the disclosure. Under s. 21, a government institution may refuse to disclose any personal information if such disclosure can reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs or the defence of Canada. R made a complaint to the Privacy Commissioner and, after the results of the Commissioner's investigation were reported, filed an application in the Federal Court, Trial Division for a review of CSIS's refusal under s. 41 of the Act. Prior to the review hearing, R challenged the constitutionality of s. 51(2)(*a*) and (3) of the Act on the grounds that they violated ss. 2(*b*), 7, and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under the impugned provisions, where a government institution has claimed the "foreign confidences" or the "national security" exemption, it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* (s. 51(2)(*a*)) and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure (s. 51(3)). The motions judge ruled that s. 51(2)(*a*) and (3) infringed s. 2(*b*) of the *Charter* but that the infringement was justifiable under s. 1. She also ruled that the impugned provisions did not violate s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal affirmed the decision. R appealed to this Court and the respondent cross-appealed on an issue of interpretation of s. 22(1)(*b*) of the Act.

Held: The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be allowed.

Sections 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* do not violate s. 7 of the *Charter*. Assuming that R has suffered a deprivation of his liberty or security interest in this case, the s. 51(3) requirement that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is not, in the context of this case, contrary to the principles of fundamental justice. As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. This general rule, however, tolerates certain exceptions as some situations require a measure of secrecy. Fairness can be met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. Here, the

renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. En vertu de l'art. 21, l'institution fédérale concernée peut refuser de communiquer des renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la défense du Canada. R a porté plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, après avoir pris connaissance des résultats de l'enquête de ce dernier, il a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. Avant l'audition de sa demande de révision, R a contesté, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des par. 51(2) et (3) de la Loi. Selon les dispositions contestées, lorsque l'institution fédérale concernée invoque l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », le tribunal saisi du recours en révision est impérativement tenu d'entendre toute la demande à huis clos (par. 51(2)) et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale qui refuse la communication des renseignements demandés, de permettre à celle-ci de présenter des arguments en l'absence d'une partie (par. 51(3)). Le juge des requêtes a conclu que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Le juge des requêtes a également conclu que les dispositions contestées ne violaient pas l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a confirmé ces décisions. R se pourvoit devant notre Cour et l'intimé se pourvoit de façon incidente relativement à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la Loi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est accueilli.

Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. À supposer que R ait subi une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie n'est pas, dans le contexte de la présente affaire, contraire aux principes de justice fondamentale. En règle générale, le droit d'une partie d'obtenir une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci. Toutefois, cette règle générale souffre certaines exceptions permettant de tenir

s. 7 challenge is very narrow and relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution that refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption or to confirm or deny the existence of information, it can only follow that the government must have the capacity to proceed *ex parte*. When a government institution claims the exemptions in ss. 19(1)(*a*) and (*b*) and 21, Parliament has seen fit, through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Only in these exceptional and limited circumstances will the procedural regime in s. 51 be activated. Recourse to the "national security" and "foreign confidences" exemptions is also subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court. They both have access to the information that is being withheld in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In enacting s. 51, Parliament attempted to balance the interests in accessing personal information held by government institutions with the state's significant and legitimate interest in national security and in maintaining foreign confidences. Given the statutory framework, the narrow basis of R's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7 of the *Charter*. Lastly, a judicial summary of the evidence prepared by the reviewing court would not assist R for it could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information. Indeed, the use of such a summary would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source.

R's arguments presented under s. 8 of the *Charter* were entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

compte de la confidentialité requise par certaines situations. L'équité peut être assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. En l'espèce, la contestation fondée sur l'art. 7 a une portée très limitée et ne vise que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l'institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Vu l'existence d'un régime législatif valide autorisant l'État à refuser de communiquer des renseignements lorsqu'une exception légitime lui permet de le faire ou à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, il s'ensuit nécessairement qu'il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Lorsque l'institution gouvernementale concernée invoque l'exception prévue à l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'art. 21, le législateur a voulu, en établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Ce n'est que dans ces circonstances exceptionnelles que s'applique le régime procédural établi par l'art. 51. Le bien-fondé des exceptions relatives aux « renseignements confidentiels de source étrangère » et à la « sécurité nationale » peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes — le Commissaire à la protection de la vie privée et la Cour fédérale — qui ont accès aux renseignements dont la communication est refusée pour décider si l'exception est invoquée à bon droit. En édictant l'art. 51, le législateur a tenté de concilier le droit de l'appelant d'avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l'État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel. Vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par R et l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, un résumé de la preuve préparé par le tribunal saisi du recours en révision ne serait pas utile à R, puisque le résumé ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l'intégrité même des renseignements. De fait, le recours à un tel résumé accroîtrait le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance.

Les arguments invoqués par R sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte* étant les mêmes que ceux fondés sur l'art. 7, il n'est pas nécessaire de les examiner séparément.

To the extent that the *in camera* provision in s. 51(2)(*a*) excludes both R and the public from the proceedings, it is clear that the provision violates s. 2(*b*) of the *Charter*. The provision cannot be saved by s. 1. While the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security and the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources are pressing and substantial objectives, s. 51(2)(*a*) does not meet the proportionality test. The provision is rationally connected to the objective, as *in camera* hearings reduce the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information, but it fails on the question of minimal impairment. Section 51(2)(*a*) mandates that the hearing be held *in camera* and does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. The requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera* is too stringent. The appropriate remedy is to read down s. 51(2)(*a*) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

Dans la mesure où la disposition du par. 51(2) prescrivant le huis clos exclut à la fois R et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2*b*) de la *Charte*. La validité de cette disposition ne peut être sauvegardée par l'article premier. Bien que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada et la préservation des sources étrangères de renseignements du Canada soient des préoccupations urgentes et réelles, le par. 51(2) ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Comme la tenue d'audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l'objectif qu'elle vise. Toutefois, la disposition ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'atteinte minimale. Le paragraphe 51(2) exige le huis clos pendant toute l'audience et non pas seulement pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées. L'obligation exigeant que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos est trop rigoureuse. La réparation convenable consiste à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

The exemption in s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. Since CSIS established a reasonable expectation of probable injury to investigations in general, it was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(*b*).

L'exception prévue à l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas uniquement aux enquêtes déjà en cours ou prévues. Ayant établi que la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général, le SCRS était justifié d'invoquer l'exception prévue par l'al. 22(1)*b*).

Cases Cited

Applied: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; **referred to:** *Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1994] 2 F.C. 502; *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715, aff'd [1999] 3 S.C.R. 408; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R 309; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation*

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1994] 2 C.F. 502; *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715, conf. par [1999] 3 R.C.S. 408; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches,*

and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 8.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)(*a*), (*b*), (3), 26, 29 [am. 1992, c. 21, s. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Alberta Code of Professional Conduct. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), upholding the decisions of Simpson J. (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] F.C.J. No. 789 (QL), and [1996] 3 F.C. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] F.C.J. No. 748 (QL), affirming the constitutionality of s. 51 of the *Privacy Act*. Appeal allowed in part.

CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), reversing the decision of MacKay J., [1998] 2 F.C. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] F.C.J. No. 1750 (QL),

Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75; *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 8.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)*a*), *b*), (3), 26, 29 [mod. 1992, ch. 21, art. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.

Doctrine citée

Alberta Code of Professional Conduct. Calgary : Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.

Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a confirmé les décisions du juge Simpson (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] A.C.F. No. 789 (QL), et [1996] 3 C.F. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] A.C.F. No. 748 (QL), confirmant la constitutionnalité de l'art. 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi accueilli en partie.

POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a infirmé la décision du juge MacKay, [1998] 2 C.F. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] A.C.F. No. 1750

regarding the interpretation of s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*. Cross-appeal allowed.

Marlys A. Edwardh and *Breese Davies*, for the appellant.

Barbara A. McIsaac, Q.C., *Gregorios S. Tzemenakis* and *Christopher Rupar*, for the respondent.

Dougald E. Brown and *Steven J. Welchner*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Robert Lavigne, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. — This appeal involves a constitutional challenge to a procedural section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that provides for mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings where the government denies an applicant's request for access to personal information on the grounds of national security or the maintenance of foreign confidences. Specifically, the issue is whether ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the Act infringe or deny the appellant's rights and freedoms as guaranteed in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The constitutional challenge in this case is in fact very narrow. For the purposes of this appeal, the appellant does not challenge the right of a government institution to refuse to confirm or deny the existence of personal information. Nor does the appellant challenge the right of a government institution to refuse to disclose information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant only attacks the procedural requirement under the Act that in certain narrow circumstances it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure. To be clear, the appellant only challenges the

(QL), relative à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi incident accueilli.

Marlys A. Edwardh et *Breese Davies*, pour l'appelant.

Barbara A. McIsaac, c.r., *Gregorios S. Tzemenakis* et *Christopher Rupar*, pour l'intimé.

Dougald E. Brown et *Steven J. Welchner*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Robert Lavigne, en son propre nom.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR — L'appelant conteste la constitutionnalité d'une disposition procédurale impérative de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prévoit la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés. Plus précisément, il s'agit de décider si les par. 51(2) et (3) de la Loi ont pour effet de violer ou nier les droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. 1

La question constitutionnelle qui se pose en l'espèce a en fait une portée très limitée. Dans le présent pourvoi, l'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels, ni le droit d'une telle institution de refuser de communiquer des renseignements personnels sur le fondement des exceptions prévues par la Loi. Il attaque seulement l'exigence procédurale selon laquelle, dans certaines circonstances bien précises, le tribunal de révision doit impérativement entendre à huis clos toute la demande de contrôle judiciaire et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie. En clair, il ne s'en prend qu'au caractère impératif de 2

mandatory nature of this provision and not the discretionary regime that applies for all other exemptions allowing a reviewing court to order a hearing *in camera* and accept *ex parte* submissions.

3 For reasons that I will expand upon below, I conclude that it is constitutional, within this statutory scheme, for the *Privacy Act* to require a reviewing court to accept submissions *ex parte* from the government institution refusing disclosure. However, the *in camera* requirement found in s. 51(2)(*a*) is overly broad. The provision must be read down to require only the *ex parte* submissions to be held *in camera*, with the reviewing court's retaining the discretion to order the hearing or portions thereof *in camera*.

I. Legislative Scheme

4 An understanding of the legislative framework of the *Privacy Act* is essential in order to understand this case. I have reproduced all the relevant provisions of the Act as an Appendix to these reasons. I will cite them as necessary in the course of my analysis.

5 First, a brief overview of the Act. Persons have a right to access personal information held about them by a government institution by virtue of s. 12 of the Act. A government institution may refuse to disclose personal information if able to claim one of the exemptions contained in ss. 19 through 28, inclusive. Section 19 is a mandatory exemption. A government institution shall refuse to disclose personal information requested under s. 12(1) that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international organization, unless that government or organization agrees to the disclosure or makes the information public. This exemption is commonly referred to as the "foreign confidences" exemption. Section 21 is a discretionary exemption. A government institution may refuse to disclose any personal information requested under s. 12(1) if such disclosure can reasonably be

la disposition, et non au régime discrétionnaire qui s'applique à toutes les autres exceptions autorisant le tribunal à ordonner la tenue de l'audience à huis clos et à entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie.

Pour des raisons que je vais préciser plus loin, je conclus à la constitutionnalité, dans le présent cadre législatif, de la disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui oblige le tribunal de révision à entendre les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie. Toutefois, l'obligation de huis clos prévue par le par. 51(2) a une portée excessive. Cette disposition doit recevoir une interprétation atténuante, de façon que seuls les arguments présentés en l'absence de l'autre partie soient entendus à huit clos, le tribunal conservant le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le reste de l'audience se déroule en totalité ou en partie à huis clos.

I. Le régime législatif

Pour bien saisir la question que soulève le présent pourvoi, il est essentiel de connaître le cadre établi par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J'ai reproduit, dans une annexe jointe aux présents motifs, toutes les dispositions pertinentes de la Loi, que je vais citer au besoin dans le cours de mon analyse.

Faisons d'abord un survol de la Loi. L'article 12 de celle-ci confère à tout citoyen le droit de se faire communiquer les renseignements personnels qu'une institution fédérale détient à son sujet. L'institution fédérale concernée peut en refuser la communication si elle est en mesure d'invoquer l'une des exceptions prévues aux art. 19 à 28 inclusivement. L'exception établie à l'art. 19 a un caractère impératif. En effet, l'institution fédérale concernée doit refuser la communication de renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. Il s'agit de l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère ». L'exception prévue à l'art. 21 est de nature discrétionnaire. L'institution fédérale concernée peut

expected to be injurious to "the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada . . . or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities". This exemption is commonly referred to as the "national security" exemption.

The Act provides for two levels of independent review when a government institution refuses a request for access to personal information: the Privacy Commissioner and the Federal Court of Canada. The Privacy Commissioner has broad powers to carry out investigations. Upon completing an investigation, if the Privacy Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner may recommend that the information be disclosed. The Commissioner does not, however, have the power to compel disclosure. Where the Privacy Commissioner has completed an investigation and a government institution continues to refuse to disclose the personal information, the individual who has been refused access may apply to the Federal Court for judicial review of the refusal. Pursuant to s. 46(1), the reviewing judge must take every reasonable precaution to avoid the disclosure of information that, in the end, may be found to be appropriately withheld. Accordingly, s. 46(1) gives the reviewing judge the discretion to receive representations *ex parte* and to conduct hearings *in camera*.

Section 51 changes the discretionary regime of s. 46 to a mandatory one in circumstances where a government institution has claimed an exemption under s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 (the "foreign confidences" and the "national security" exemptions). When an exemption has been claimed under these provisions, s. 51(2)(*a*) mandates that the Federal Court hear the judicial review application or an appeal therefrom *in camera*. Section 51(3) provides that on the request of the head of the government institution that has refused access to material on the basis of one of these provisions, the court must receive submissions from the government institution on an *ex parte* basis.

refuser de communiquer des renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice « à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada [. . .] ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives ». Il s'agit de l'exception relative à la « sécurité nationale ».

6 La Loi a établi deux paliers de révision indépendante auxquels l'intéressé peut s'adresser en cas de refus de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels demandés : le Commissaire à la protection de la vie privée (« Commissaire ») et la Cour fédérale du Canada. Le Commissaire est investi de vastes pouvoirs d'enquête. Lorsque, à l'issue d'une enquête, le Commissaire conclut au bien-fondé de la plainte, il peut recommander à l'institution fédérale de communiquer les renseignements demandés, mais non la contraindre à le faire. Lorsque le Commissaire a terminé son enquête et que l'institution fédérale maintient son refus de communiquer les renseignements personnels demandés, le plaignant peut demander la révision de cette décision à la Cour fédérale. Conformément au par. 46(1), le juge chargé de la révision prend alors toutes les précautions possibles pour éviter que ne soient divulgués des renseignements dont la communication pourrait en définitive avoir à juste titre été refusée. Ce paragraphe accorde donc au juge le pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie et de tenir des audiences à huis clos.

7 Sous l'effet de l'art. 51, le régime de nature discrétionnaire établi à l'art. 46 prend un caractère impératif dans les cas où l'institution fédérale concernée invoque l'exception prévue à l'al. 19(1)*a*) ou *b*) (« renseignements confidentiels de source étrangère ») ou à l'art. 21 (« sécurité nationale »). Dans un tel cas, le par. 51(2) oblige alors la Cour fédérale, en premier ressort ou en appel, à tenir l'audience à huis clos. Suivant le par. 51(3), si le responsable de l'institution fédérale concernée demande à présenter des arguments en l'absence d'une autre partie, la cour doit accéder à sa demande.

II. Facts

8 The analysis and outcome of this case do not turn on the facts. However, the facts are useful in order to understand the history of this particular litigation and also as an example of access to information litigation in general.

9 On March 22, 1988 the appellant, Clayton Ruby, requested access to personal information held in personal information bank SIS/P-PU-010 ("Bank 010") maintained by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). The request was made pursuant to s. 12(1)(*a*) of the Act. The request to CSIS was only one of a number of access to information requests made by the appellant to the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") and the Department of External Affairs. Only CSIS named ss. 19 and 21 as exemptions and therefore the constitutional challenge to s. 51 involves only the request to CSIS. In the original application the respondent filed an affidavit of Robert Ian MacEwan, Director General, Counter Terrorism, CSIS. In order to describe the information contained in Bank 010, the affidavit reproduced the Personal Information Index published in 1987 in accordance with s. 11 of the Act:

> This bank contains information on individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of directly relating to espionage or sabotage that is against or is detrimental to the interests of Canada; or, activities directed toward or in support of such activity; foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada, and are clandestine or deceptive, or involve a threat to any person; activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state; and, activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of the constitutionally established system of government in Canada. This bank may also contain personal information that, in relation to the defence of Canada or to the conduct of the international affairs of Canada, pertains to the capabilities, intentions; or activities of any foreign state or group of foreign states; of any person other than a Canadian citizen or permanent resident; or, any corporation except

II. Les faits

Bien que l'issue du pourvoi et l'analyse requise ne soient pas tributaires des faits, ceux-ci permettent toutefois de comprendre l'origine du présent litige et d'illustrer le genre de différends auxquels donnent lieu les demandes d'accès à l'information en général.

Le 22 mars 1988, l'appelant, Clayton Ruby, a demandé la communication de renseignements personnels contenus dans le fichier SRS/P-PU-010 (le « fichier 010 ») du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Cette demande, présentée en vertu de l'al. 12(1)*a*) de la Loi, s'ajoutait à celles adressées à la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et au ministère des Affaires étrangères. Le SCRS ayant été le seul organisme à invoquer les exceptions prévues aux art. 19 et 21, la contestation de la constitutionnalité de l'art. 51 ne vise que la demande présentée à cette institution. Dans le cadre de l'instance initiale, l'intimé a produit un affidavit établi par le directeur général de l'antiterrorisme au SCRS, Robert Ian MacEwan. Pour décrire le contenu du fichier 010, l'affidavit reproduisait l'extrait suivant du Répertoire de renseignements personnels publié en 1987 conformément à l'art. 11 de la Loi :

> Ce fichier renferme des renseignements sur des [personnes] dont les activités peuvent être, suivant des motifs raisonnables, directement reliées à l'espionnage ou au sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage; les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger; les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence. Ce fichier peut également renfermer des renseignements personnels qui, en ce qui a trait à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales du Canada, portent sur les ressources, les intentions ou les activités d'un État étranger ou d'un groupe d'États, de personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents du Canada ou de sociétés, sauf celles qui sont

one incorporated pursuant to the laws of Canada or of any province. Information is also held in respect to CSIS providing advice relating to the *Citizenship* or *Immigration Acts*.

constituées aux termes des lois du Canada ou d'une province canadienne. Le SCRS peut communiquer des renseignements qui serviront à préparer des évaluations de sécurité nationales ou étrangères ou lorsqu'il donne des conseils en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi sur l'immigration*.

Although the appellant's access request was with respect to personal information contained in Bank 010, CSIS took the liberty of also searching personal information bank SIS/P-PU-015 ("Bank 015"). Bank 015 is described in the Personal Information Index published in 1987 as containing information similar in nature to that in Bank 010 but of a less current and less sensitive nature.

10 Bien que la demande de l'appelant portât sur des renseignements personnels contenus dans le fichier 010, le SCRS s'est permis de consulter également le fichier SRS/P-PU-015 (le « fichier 015 »). Selon le Répertoire de renseignements personnels publié en 1987, le fichier 015 renferme des renseignements semblables à ceux du fichier 010, mais de nature moins courante et délicate.

CSIS responded to the appellant's request by letter dated August 12, 1988. With respect to Bank 010 CSIS would neither confirm nor deny the existence of information but if such information did exist CSIS refused to disclose the information claiming the exemptions in ss. 19, 21, 22, and 26 of the Act. With respect to information in Bank 015, CSIS disclosed 41 pages, portions of which were excised and claimed as exempt under ss. 21 and 26. CSIS disclosed a further 71 pages from a different source, or portions therefrom, claiming exemptions under s. 21 of the Act for the excised portions.

11 Le SCRS a répondu à la demande de l'appelant dans une lettre datée du 12 août 1988. Relativement au fichier 010, le SCRS n'a pas confirmé ou nié l'existence de renseignements, mais il a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. En ce qui a trait au fichier 015, le SCRS a communiqué 41 pages dont certaines parties avaient été retranchées en vertu des exceptions prévues aux art. 21 et 26. Le SCRS a communiqué 71 autres pages provenant d'une autre source, après en avoir retranché certaines parties sur le fondement de l'art. 21 de la Loi.

The appellant filed a complaint with the federal Privacy Commissioner pursuant to s. 29 of the Act regarding the refusal of CSIS to disclose information in Banks 010 and 015. Subsequent to the complaint the appellant was informed by CSIS that two more documents containing personal information about him existed in Bank 015 but were being claimed as exempt pursuant to ss. 19, 21, 22(1)(*a*)(iii), 22(1)(*b*) and 26. CSIS later amended the exemption to s. 22(1)(*a*)(ii) as opposed to s. 22(1)(*a*)(iii). As a result of the investigations by the Privacy Commissioner, CSIS disclosed an additional four pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 21 and 26 of the Act.

12 En vertu de l'art. 29 de la Loi, l'appelant a déposé auprès du Commissaire une plainte concernant le refus du SCRS de lui communiquer des renseignements contenus dans les fichiers 010 et 015. Le SCRS a par la suite informé l'appelant que le fichier 015 renfermait deux autres documents contenant des renseignements personnels à son sujet, mais qu'on invoquait à leur égard les exceptions prévues aux art. 19, 21 et 26, au sous-al. 22(1)*a*)(iii) et à l'al. 22(1)*b*). Le SCRS a ultérieurement apporté une correction, invoquant le sous-al. 22(1)*a*)(ii) plutôt que le sous-al. 22(1)*a*)(iii). À l'issue de l'enquête du Commissaire, le SCRS a communiqué quatre pages supplémentaires, dont certaines parties avaient été retranchées en application des art. 21 et 26 de la Loi.

The Acting Privacy Commissioner conducted an investigation and concluded that CSIS's refusal to

13 Au terme de son enquête, le Commissaire intérimaire a conclu que le refus du SCRS de confirmer

neither confirm or deny the existence of information in Bank 010 was within the requirements of s. 16(2) of the Act and thus the complaint in regard to this refusal was not well-founded. In regards to the exemptions claimed in respect of information held in Bank 015, the Privacy Commissioner concluded that, with the exception of two documents, the undisclosed material was properly exempted under the Act. The Privacy Commissioner asked the Solicitor General to disclose two documents but the request was refused. The Commissioner informed the appellant that this was the first case in which a Minister had refused to accept a recommendation that information be disclosed. The documents were subsequently disclosed, with portions excised, after the judicial review proceeding was initiated.

14 Three years after the original access request, the appellant filed an application in the Federal Court, Trial Division under s. 41 of the Act for a review of CSIS's refusal to disclose the information. Section 41 provides that where a person has requested access to information, has been denied, and has filed a complaint with the Privacy Commissioner, he or she may then apply to the Federal Court for a judicial review of the refusal.

15 CSIS released additional documents to the appellant in July 1992. CSIS disclosed 211 pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 19, 21, 22(1)(*a*), 22(1)(*b*) and 26 of the Act. CSIS maintains its position of non-disclosure with respect to all documents contained in Bank 010 and the remainder of documents in Bank 015, including the excised portions therefrom, based on disclosure exemptions in ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act.

16 Prior to the commencement of the judicial review hearing, the appellant filed notice of intent to challenge the s. 51 mandatory procedure provision under ss. 7, 8 and 2(*b*) of the *Charter*.

17 In the application, CSIS submitted a secret affidavit of an officer of CSIS, filed on order of the court.

ou de nier l'existence de renseignements dans le fichier 010 respectait les exigences du par. 16(2) de la Loi et que la plainte s'y rapportant n'était en conséquence pas fondée. Relativement aux exceptions prévues par la Loi invoquées à l'égard de l'information se trouvant dans le fichier 015, le Commissaire a estimé que la communication des éléments avait à bon droit été refusée, sauf pour deux documents. Le Commissaire a demandé au solliciteur général de communiquer les deux documents en question, mais sa demande a été rejetée. Le Commissaire a informé l'appelant que c'était la première fois qu'un ministre refusait de donner suite à une telle recommandation de sa part. Les documents — amputés toutefois de certaines parties — ont par la suite été communiqués à l'appelant, après le dépôt de sa demande de révision judiciaire.

Trois ans après la demande de communication initiale, l'appelant a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. L'article 41 dispose que la personne qui s'est vue refuser la communication de renseignements et qui a déposé une plainte auprès du Commissaire peut exercer un recours en révision devant la Cour fédérale.

En juillet 1992, le SCRS a communiqué d'autres documents à l'appelant. Il lui a fait parvenir 211 pages, dont il avait retranché certaines parties sur le fondement des exceptions prévues par les art. 19, 21 et 26, et les al. 22(1)*a*) et *b*) de la Loi. Invoquant les exceptions établies aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, le SCRS maintient son refus de communiquer tous les documents contenus dans le fichier 010 et le reste des documents que renferme le fichier 015, y compris les parties retranchées des documents déjà communiqués.

Avant le début de l'audition de la demande de révision, l'appelant a signifié son intention de contester, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2*b*) de la *Charte*, la constitutionnalité de la procédure impérative prévue à l'art. 51.

Durant l'instance devant la Cour fédérale, le SCRS a produit un affidavit secret établi par un

The affidavit informed the court whether personal information about the appellant existed in Bank 010 and if it did exist, the documents were provided with an explanation of the claimed exemptions for examination by the court. The undisclosed information that was contained in Bank 015 was also provided for examination by the court with an explanation of the exemption claimed.

de ses agents et déposé par suite d'une ordonnance de la Cour fédérale. L'affidavit indiquait à cette dernière s'il y avait ou non des renseignements personnels sur l'appelant dans le fichier 010 et, lorsque de tels renseignements existaient, les documents étaient communiqués à la cour, accompagnés d'explications concernant les exceptions invoquées. Les renseignements qui figuraient dans le fichier 015 et que le SCRS avait refusé de communiquer ont également été remis à la cour, avec des explications à l'égard de l'exception revendiquée.

Both the Trial Division and appellate level of the Federal Court ruled that s. 51(2)(*a*) and (3) violated s. 2(*b*) of the *Charter* but that they were saved by s. 1. Both levels of the Federal Court also found that the mandatory procedure in s. 51 did not violate s. 7, however they differed with respect to their characterizations of a right to privacy under s. 7. 18

Tant la Section de première instance de la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont jugé que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que leur validité était sauvegardée par l'article premier. Toutes deux ont en outre conclu que la procédure impérative prévue par l'art. 51 ne violait pas l'art. 7, mais elles ont qualifié différemment le droit à la protection de la vie privée que protégerait l'art. 7.

The appellant appeals to this Court on the issues as to whether s. 7 of the *Charter* is engaged by s. 51(3), whether the violation of s. 2(*b*) is justifiable under s. 1 and costs. The Solicitor General cross-appeals on an issue of interpretation of s. 22(1)(*b*) of the Act and whether "injury" contemplated in that section is restricted to injury to current ongoing or identifiable prospective investigations. 19

L'appelant demande à la Cour de décider si le par. 51(3) de la Loi fait intervenir l'art. 7 de la *Charte* et si la violation de l'al. 2*b*) est justifiable au regard de l'article premier. Il nous demande en outre de statuer sur les dépens. Le solliciteur général se pourvoit de façon incidente quant à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la Loi et à la question de savoir si le terme « nuire » qui y est employé ne vise que les enquêtes en cours ou prévues.

III. Judgments Below

III. Les décisions des juridictions inférieures

The constitutional validity of s. 51 and the merits of the exemptions claimed by CSIS were determined separately in the Federal Court, Trial Division. The Court of Appeal consolidated the appeals on the constitutional question and the merits of the exemptions. 20

La Section de première instance de la Cour fédérale a statué séparément sur la constitutionnalité de l'art. 51 et sur le bien-fondé des exceptions invoquées par le SCRS. La Cour d'appel a réuni les appels interjetés relativement aux deux questions.

A. *Federal Court, Trial Division* (1994), 80 F.T.R. 81 and [1996] 3 F.C. 134

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* (1994), 80 F.T.R 81 et [1996] 3 C.F. 134

Simpson J. ruled in the preliminary proceeding on the constitutional validity of s. 51. She held that any privacy rights protected by the *Charter* were not engaged by s. 51. She did, however, find that 21

Dans la procédure préliminaire, madame le juge Simpson s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 51. Elle a conclu que cette disposition ne soulevait aucun droit à la protection de la vie privée

s. 51 was contrary to s. 2(*b*) of the *Charter* but that such violation was saved by s. 1.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 3 F.C. 589

22 The Federal Court of Appeal held that the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions did not engage the liberty interest enshrined in s. 7. The court agreed with the decision of Simpson J. that the provisions are procedural in nature and do not interfere with the right of access granted by the *Privacy Act*. The Solicitor General did not appeal Simpson J.'s finding that the mandatory provisions in s. 51 violate s. 2(*b*). The Court of Appeal held that the provisions were saved by s. 1.

IV. Constitutional Questions

23 The following constitutional questions were stated by Order of this Court on June 21, 2001:

1. Do ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

garanti par la *Charte*. Elle a cependant jugé que l'art. 51 contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que sa validité était sauvegardée par l'article premier.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 3 C.F. 589

La Cour d'appel fédérale a estimé que les dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie ne mettaient pas en jeu le droit à la liberté constitutionnalisé à l'art. 7. Elle a souscrit à l'opinion de madame le juge Simpson selon laquelle ces dispositions ont un caractère procédural et ne portent pas atteinte au droit d'accès à l'information reconnu par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le solliciteur général n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson selon laquelle les dispositions impératives de l'art. 51 violent l'al. 2*b*). La Cour d'appel a jugé que la validité de ces dispositions était sauvegardée par l'article premier.

IV. Les questions constitutionnelles

Le 21 juin 2001, la Cour a formulé, par voie d'ordonnance, les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analysis

It is important to clarify at the outset the meaning and effect of the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions. Section 51 reads:

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 . . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(*a*) be heard *in camera*; and

(*b*) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

Section 51 requires a court, in an application for judicial review brought under s. 41 of the Act, to hear the application or any appeal therefrom *in camera*. Simpson J., in her s.1 analysis, noted that there was a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera*. I will discuss this practice later in my reasons. Suffice it to say, at this point, however, that such an interpretation cannot be reasonably supported on a plain reading of the Act. The provision is clear that the entire hearing and any appeal therefrom, are to be held *in camera*.

Ex parte, in a legal sense, means a proceeding, or a procedural step, that is taken or granted at the instance of and for the benefit of one party only, without notice to or argument by any adverse party:

V. L'analyse

Il importe au départ de clarifier le sens et l'effet des dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie. Voici le texte de l'art. 51 : 24

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

Aux termes de l'art. 51, le tribunal saisi d'une demande de révision présentée en vertu de l'art. 41 de la Loi doit, en premier ressort ou en appel, entendre la demande à huis clos. Dans son analyse relative à l'article premier, madame le juge Simpson a souligné que la Cour fédérale a pour pratique de donner une interprétation atténuante de l'art. 51 et de n'ordonner le huis clos que pendant l'audition des arguments en l'absence de l'autre partie. Je vais examiner cette pratique plus loin dans mes motifs. Qu'il suffise pour l'instant de dire que la simple lecture de la Loi ne saurait raisonnablement appuyer une telle interprétation. Le texte de la disposition pertinente indique clairement que l'audition de la demande et de tout appel s'y rapportant doit se dérouler entièrement à huis clos.

En droit, l'expression *ex parte* (« en l'absence d'une partie ») s'entend d'une procédure ou d'une étape de la procédure qui se déroule à la demande et au bénéfice d'une seule partie, sans avis à la partie 25

Attorney General of Manitoba v. National Energy Board, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.). The circumstances in which a court will accept submissions *ex parte* are exceptional and limited to those situations in which the delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given. For instance, temporary injunctions are often issued *ex parte* in order to preserve the *status quo* for a short period of time before both parties can be heard (to prevent the demolition of a building, for example).

26 *Ex parte* proceedings need not be held *in camera*. Indeed, *ex parte* submissions are often made in open court (in interlocutory matters, for example). In fact, an order will still be considered *ex parte* where the other party happens to be present at the hearing but does not make submissions (for instance, because of insufficient notice): *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (Alta. Q.B.), at para. 10, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715 (Alta. C.A.), aff'd (without reference to this point) [1999] 3 S.C.R. 408. On the other hand, other *ex parte* proceedings are, by necessity, not held in public. An application for a wiretap authorization, for instance, must be made both *ex parte* and *in camera*.

27 In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld: *Royal Bank*, *supra*, at para. 11. Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers. See for example the *Alberta Code of Professional Conduct*, c. 10, r. 8.

28 Section 51 of the *Privacy Act* contemplates the following: where a "foreign confidence" or "national security" exemption is claimed by a government institution, the hearing must be held *in camera* (s. 51(2)(*a*)). This means that the hearing is not open to the public but the applicant is not

adverse ou présentation d'arguments de sa part : *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1re inst.). Les tribunaux n'entendent des arguments de cette façon qu'à titre exceptionnel, lorsque le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable ou que l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné. Par exemple, il arrive souvent qu'une injonction provisoire soit décernée en l'absence de l'autre partie afin de maintenir brièvement le statu quo, jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues (afin de prévenir la démolition d'un immeuble par exemple).

Une instance *ex parte* ne se déroule pas nécessairement à huis clos. De fait, des arguments présentés *ex parte* sont souvent entendus dans le cadre d'une audience publique (en matière interlocutoire par exemple). En fait, une ordonnance est considérée rendue *ex parte* lorsque l'autre partie assiste à l'audience mais ne présente pas d'arguments (en raison, par exemple, d'un avis insuffisant) : *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (B.R. Alb.), par. 10, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715 (C.A. Alb.), conf. (sans mention de cette question) par [1999] 3 R.C.S. 408. Par contre, d'autres procédures *ex parte* se déroulent nécessairement à huis clos, notamment les demandes d'autorisation d'écoute électronique, qui sont entendues à la fois *ex parte* et à huis clos.

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l'obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt : *Royal Bank*, précité, par. 11. Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation. Voir, par exemple, l'*Alberta Code of Professional Conduct*, ch. 10, règle 8.

L'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* envisage la situation suivante : lorsqu'une institution fédérale invoque l'exception relative à un « renseignement confidentiel de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », l'audience doit se dérouler à huis clos (par. 51(2)). Cela signifie

excluded and may participate. In the course of that *in camera* hearing, the government institution may request that the applicant be excluded and, in such a case, the court must hear the government *ex parte* (s. 51(3)) (and, of course, still *in camera*). Therefore it is only through the operation of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) together that the appellant is excluded from the proceeding.

Properly understood, the constitutional challenge on the basis of s. 7 relates essentially to the appellant's exclusion from the hearing as a result of the operation of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) together, resulting in portions of the government's submissions being *ex parte* and *in camera* and therefore unavailable to the appellant. It is the exclusion of the appellant from portions of the government's submissions that is alleged to be contrary to the principles of fundamental justice. As for the s. 2(*b*) challenge, it relates to the statutory requirement that the entire hearing be *in camera*, inclusive of the *ex parte* submissions. It is the mandatory exclusion of the public and the media, (of which the appellant is a member) from the proceedings that the appellant alleges violates s. 2(*b*) of the *Charter*.

A. *Section 7*

In addition to his claim under s. 7, the appellant also argued a violation of s. 8 of the *Charter*. The arguments presented under s. 8 are entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

The appellant argues that the right to security of the person protected by s. 7 of the *Charter* protects the right to privacy in a biographical core of information to which an individual would wish to control access. This biographical core of information includes information which tends to reveal intimate details of lifestyle and individual personal or political choices. This right to privacy is said to include a concomitant right of access to personal information in the hands of government in order that an individual may know what information the government possesses. This, in turn, will ensure that government action in the collection of personal information can

que le public ne peut assister à l'audience, mais le demandeur n'en est pas pour autant exclu et il peut y prendre part. Pendant cette audience à huis clos, l'institution fédérale peut demander l'exclusion du demandeur et, en pareil cas, le tribunal doit entendre l'institution en l'absence du demandeur (par. 51(3)) (et toujours à huis clos, bien sûr). En conséquence, ce n'est que par l'application successive des par. 51(2) et (3) que l'appelant est exclu de la salle d'audience.

29 En définitive, la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 7 vise essentiellement l'exclusion de l'appelant de l'audience résultant de l'application combinée des par. 51(2) et (3), situation qui a pour effet que certains des arguments de l'État sont alors présentés à la fois *ex parte* et à huis clos et sont, de ce fait, inconnus de l'appelant. De prétendre l'appelant, c'est son exclusion de cette partie de l'instance qui est contraire aux principes de justice fondamentale. L'argument fondé sur l'al. 2*b*) concerne l'obligation faite par la Loi au tribunal de tenir toute l'audience à huis clos, y compris durant la présentation d'arguments en l'absence de l'autre partie. Selon l'appelant, c'est l'exclusion impérative du public et des médias (dont il fait partie) qui viole l'al. 2*b*) de la *Charte*.

A. *L'article 7*

30 L'appelant a plaidé qu'il y avait atteinte non seulement à l'art. 7 mais également à l'art. 8 de la *Charte*. Ses arguments étant les mêmes dans les deux cas, il n'est pas nécessaire de les examiner séparément.

31 L'appelant soutient que le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de l'individu au respect de sa vie privée relativement à un ensemble de renseignements personnels auxquels il pourrait vouloir restreindre l'accès. Cet ensemble comprend des renseignements tendant à dévoiler des détails intimes sur le mode de vie de l'intéressé, ainsi que sur ses choix personnels ou politiques. Ce droit à la vie privée emporterait corollairement pour le citoyen le droit d'accès aux renseignements personnels que l'État détient à son sujet afin de pouvoir en connaître la teneur. Grâce à ce droit d'accès, les mesures gouvernementales de

be scrutinized and inaccuracies in the information collected may be corrected. Any limit on this right to access must accord with the principles of fundamental justice. Following this argument, the appellant submits that the procedural provisions in s. 51 directly affect an individual's ability to "control such information in the hands of the state" and for that reason the procedural unfairness created by s. 51 violates s. 7 of the *Charter*.

collecte de renseignements personnels pourraient être contrôlées et toute inexactitude des renseignements recueillis pourrait être corrigée. Toute restriction de ce droit d'accès devrait respecter les principes de justice fondamentale. L'appelant soutient en conséquence que les dispositions procédurales prévues par l'art. 51 affectent directement la capacité d'une personne de [TRADUCTION] « vérifier quels renseignements se trouvent en la possession de l'État » et que, pour cette raison, l'iniquité procédurale créée par l'art. 51 viole l'art. 7 de la *Charte*.

32 The Federal Court of Appeal, citing *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, observed that there is an emerging view that the liberty interest in s. 7 of the *Charter* protects an individual's right to privacy. They accepted the appellant's view that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned both with the acquisition and the subsequent use of personal information. Recognizing that one has a legitimate interest in ensuring that information has been properly collected and is being used for the proper purpose, the Court of Appeal held that the right to privacy includes the ability to control the dissemination of personal information obtained by the government. To this end the court stated (at para. 169):

> In a case such as this where an individual may not be fully aware of the information collected and retained by the government, the ability to control the dissemination of personal information is dependent on a corollary right of access, if only to verify the information's accuracy. In short a reasonable expectation of access is a corollary to the reasonable expectation of privacy.

Se référant aux arrêts *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour d'appel fédérale a signalé qu'il se dégage une tendance reconnaissant que le droit à la liberté garanti aux individus par l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de ceux-ci au respect de leur vie privée. Elle a retenu l'argument de l'appelant portant que, pour avoir un sens concret, le droit à la vie privée en matière de renseignements personnels doit viser tant leur acquisition que leur utilisation subséquente. Reconnaissant qu'une personne a le droit légitime de s'assurer que les renseignements la concernant ont été recueillis de façon régulière et qu'ils sont utilisés à des fins licites, la Cour d'appel a conclu que le droit à la vie privée suppose la capacité de contrôler la diffusion des renseignements personnels recueillis par l'État (au par. 169) :

> Dans un cas comme celui-ci où un individu n'est peut-être pas parfaitement au courant des renseignements que le gouvernement a recueillis et conservés, la capacité de contrôler la diffusion de renseignements personnels dépend d'un droit d'accès connexe, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des renseignements. Bref, l'attente raisonnable en ce qui concerne l'accès est liée à l'attente raisonnable en ce qui concerne la vie privée.

33 In my view, it is unnecessary to the disposition of this case to decide whether a right to privacy comprising a corollary right of access to personal information triggers the application of s. 7 of the *Charter*. Assuming, for the purposes of this analysis, that the appellant has suffered a deprivation of his liberty or security of the person interest, that deprivation is not contrary to the principles of fundamental justice. In

À mon avis, il est inutile pour trancher le présent pourvoi de décider si un droit à la vie privée assorti corollairement d'un droit d'accès à l'information personnelle déclenche l'application de l'art. 7 de la *Charte*. À supposer, pour les besoins de l'analyse, que l'appelant subisse une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, cette privation n'est pas contraire aux principes de justice

order to determine whether an alleged deprivation of the right to life, liberty and security of the person is or is not in accordance with the principles of fundamental justice, it is necessary to appreciate the exact nature of the deprivation. Here, without deciding if there is a deprivation of a liberty or security interest, we can take the alleged deprivation to be as stated by the appellant: he claims that he has a right to access personal information already in the hands of government in order to correct inaccurate information and ensure that the information was collected lawfully. He then asserts that this component of his liberty and security interest is infringed by the mandatory secrecy of some of the government's submissions.

fondamentale. Pour juger si la prétendue privation du droit d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale, il est nécessaire d'apprécier la nature exacte de la privation. En l'espèce, sans pour autant décider s'il y a violation du droit à la liberté ou à la sécurité, nous pouvons néanmoins examiner la prétendue privation telle qu'elle a été énoncée par l'appelant : il prétend qu'il a le droit de consulter les renseignements personnels le concernant que détient déjà l'État afin de faire corriger toute information inexacte et de s'assurer que ces renseignements ont été recueillis légalement. Il poursuit en affirmant que le caractère impérativement secret de la procédure par laquelle l'État présente certains arguments porte atteinte à cet aspect de son droit à la vie et à la sécurité de sa personne.

The appellant stresses that it is the mandatory nature of s. 51(3) that does not comply with the principles of fundamental justice. Because the provisions are mandatory, the court does not have the discretion to control what information should be provided to an applicant in order to enable him or her to challenge effectively the government's refusal to disclose information and the legitimacy of the exemption claimed. The appellant submits that a provision permitting *ex parte* and *in camera* proceedings must contain a judicial discretion to provide the applicant with sufficient information in order to answer the government's case effectively. This could be accomplished, the appellant submits, through the use of judicial summaries similar to those that are used in wiretap proceedings.

34 L'appelant souligne que c'est le caractère impératif du par. 51(3) qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. En raison du caractère impératif de ces dispositions, le tribunal est privé du pouvoir discrétionnaire de décider quels renseignements devraient être communiqués au demandeur pour lui permettre de contester effectivement le refus de l'institution fédérale et la légitimité de l'exception invoquée par cette dernière. L'appelant fait valoir qu'une disposition autorisant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos doit conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de faire en sorte que le demandeur dispose de suffisamment d'information pour être vraiment en mesure de répondre aux prétentions de l'État. À cette fin, il préconise l'établissement de résumés judiciaires semblables à ceux utilisés dans le cadre des demandes d'autorisation d'écoute électronique.

I agree with the view expressed by the Federal Court of Appeal that there is a disharmony between the appellant's proposed solution of judicial summaries and the alleged *Charter* violation brought about by the mandatory *ex parte* submissions at the request of a government institution. Section 46 of the Act provides a court with the authority to receive representations *ex parte* and conduct hearings *in camera* in order to guard against the inadvertent disclosure of information the government institution may have legitimately refused to confirm exists, as

35 À l'instar de la Cour d'appel fédérale, j'estime qu'il y a absence de connexité entre la solution proposée par l'appelant, savoir le recours à des résumés judiciaires, et la violation de la *Charte* qu'entraînerait le fait que des arguments de l'institution fédérale sont impérativement entendus *ex parte* sur demande en ce sens de cette dernière. L'article 46 de la Loi habilite le tribunal à entendre des arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos afin de prévenir la divulgation accidentelle de renseignements dont l'institution fédérale a

well as information that may be found to be properly exempted:

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this *Act*, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

When a court exercises its discretion under s. 46 to receive evidence *ex parte*, either through a confidential affidavit or otherwise, there is no obligation to provide the applicant with a judicial summary. The *Privacy Act* does not impose an obligation on a court to prepare a judicial summary of evidence in any circumstance. The appellant has not challenged the discretionary power of a court to accept *ex parte* submissions under s. 46. The alternative to the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions in s. 51 is therefore the discretion conferred on the court under s. 46 to order proceedings *in camera* or accept submissions *ex parte*.

36 In any event, I fail to see how a judicial summary of the evidence would assist the appellant. Where the institution body has refused to confirm or deny the existence of information a judicial summary is simply inappropriate. Where the existence of information is known to the appellant, the use of

pu légitimement refuser de confirmer l'existence ou qui pourraient être jugés validement soustraits à la communication :

46. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque :

a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;

b) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.

(2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions aux lois fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

Lorsque, en application de l'art. 46, le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie, notamment par l'examen d'un affidavit confidentiel, il n'est pas tenu de remettre un résumé judiciaire au demandeur. En aucun cas la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'oblige le tribunal à établir un résumé de la preuve. L'appelant n'a pas contesté le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 accorde au tribunal d'entendre des arguments en l'absence d'une partie. La solution de rechange aux dispositions impératives de l'art. 51 touchant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* résiderait donc dans le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 reconnaît au tribunal d'ordonner le huis clos ou d'entendre des arguments en l'absence d'une partie.

Quoi qu'il en soit, je ne vois pas en quoi un résumé judiciaire de la preuve serait utile à l'appelant. Dans le cas où l'institution fédérale refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, un résumé judiciaire ne convient tout simplement pas. Lorsque l'appelant connaît l'existence des renseignements,

judicial summaries would not appreciably increase the amount of information already available to the appellant through the public affidavits. The public affidavits outline the purpose of the exemption, its importance and the risk associated with disclosure. The secret affidavit and the *ex parte* submissions directly involve the information exempted, if any exists. I accept the respondent's claim that a judicial summary could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information.

le recours à un résumé judiciaire n'augmentera pas sensiblement la quantité des renseignements dont il dispose déjà grâce aux affidavits publics. Ces derniers font état de la raison pour laquelle l'exception est invoquée, de son importance et du risque que comporte la divulgation des renseignements demandés. L'affidavit secret et les arguments présentés en l'absence de l'autre partie portent directement sur les renseignements inconsultables, à supposer qu'ils existent. J'accepte l'argument de l'intimé selon laquelle un résumé judiciaire ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l'intégrité même des renseignements.

Furthermore, the use of judicial summaries would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source. Parliament has seen fit, in those cases involving national security or foreign confidences, to provide for the maximum protection against disclosure. For a court to embark upon preparing summaries of confidential information would imperil confidentiality without adding much to the transparency requested by the appellant.

37 De plus, le recours à un résumé judiciaire accroîtrait le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance. Dans les situations mettant en jeu la sécurité nationale ou des renseignements confidentiels de source étrangère, le législateur a jugé bon de protéger au maximum ce type d'information contre la divulgation. Si les tribunaux étaient appelés à résumer des renseignements confidentiels, une telle mesure compromettrait la confidentialité de ceux-ci sans favoriser beaucoup la transparence recherchée par l'appelant.

It remains to determine whether the requirement in s. 51(3) that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is contrary to the principles of fundamental justice. As I have already noted, the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional. The circumstances in which a court will be obliged to hear *ex parte* submissions at the request of one party are even more exceptional. The question is whether, in the context of this case, such a provision is consistent with the principles of fundamental justice. I believe that it is.

38 Reste la question de savoir si l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai signalé précédemment, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie. Les cas dans lesquels un tribunal est tenu de le faire à la demande de l'une des parties sont encore plus rares. La question qui se pose est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la disposition prescrivant une telle obligation est compatible avec les principes de justice fondamentale. Je crois que oui.

The principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair in a particular case will depend on the context of the case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999]

39 Les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale. Ce qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire : *Knight c. Indian Head School Division No.19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743. As stated by La Forest J. for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, and quoted with approval in *Chiarelli*, *supra*, at p. 743:

> It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

In assessing whether a procedure accords with the principles of fundamental justice, it may be necessary to balance the competing interests of the state and individual: *Chiarelli*, *supra*, at p. 744, citing *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. It is also necessary to consider the statutory framework within which natural justice is to operate. The statutory scheme may necessarily imply a limit on disclosure. "The extent of the disclosure required by natural justice may have to be weighed against the prejudice to the scheme of the Act which disclosure may involve": W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 509. See also *Baker*, *supra*, at para. 24.

40 As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position: see generally Wade and Forsyth, *supra*, at p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell and H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 441; D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 261. The exclusion of the appellant from portions of the government's submissions is an exceptional departure from this general rule. The

R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743. Comme l'a dit le juge La Forest au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361 (cité avec approbation dans *Chiarelli*, précité, p. 743) :

> Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir par, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Pour juger si une procédure est conforme à la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l'État et du particulier : *Chiarelli*, précité, p. 744, citant *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539. Il est également nécessaire d'examiner le cadre législatif dans lequel doivent être appliquées les règles de justice naturelle. Ce cadre peut, par nécessité, impliquer la restriction de la communication de la preuve : [TRADUCTION] « L'étendue de la communication de la preuve requise par la justice naturelle peut devoir être appréciée au regard du préjudice que la communication est susceptible de causer au régime établi par la Loi » : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 509. Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 24.

En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci : voir, généralement, Wade et Forsyth, *op. cit.*, p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell et H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 441; D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3e éd. 1999), p. 261. L'exclusion de l'appelant pendant l'audition de certains arguments de l'État constitue une

appellant operates in an informational deficit when trying to challenge the legitimacy of the exemptions claimed by the government. However, the general rule does tolerate certain exceptions. As indicated earlier, some situations require a measure of secrecy, such as wiretap and search warrant applications. In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. In other cases, for instance where a privilege is successfully asserted, the content of the disputed information may never be revealed (see *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14).

The context of this case is therefore critical. As I indicated earlier, the constitutional challenge is very narrow. The s. 7 challenge relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution which refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Section 51(3) requires a court to hear submissions *ex parte* at the request of a government institution. The appellant is not challenging the right of a government institution, when faced with an access to information request under s. 12 of the Act, to refuse to disclose certain information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant also does not challenge the right of the government under s. 16(2) to refuse to confirm or deny the existence of personal information when claiming an exemption. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to confirm or deny the existence of information (we must assume that it is valid since it is not challenged) and where the judicial review may conclude that the information was properly withheld and must therefore not be disclosed, it necessarily follows that a government institution must be able to make submissions *ex parte*. Accepting that it is appropriate for the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption and accepting that it is not inappropriate for the government, when claiming an exemption, to refuse to confirm or deny the existence of information, it can only follow that

dérogation exceptionnelle à cette règle générale. L'appelant se trouve de ce fait désavantagé, étant privé de données susceptibles de servir à contester la légitimité des exceptions invoquées. Toutefois, la règle générale souffre certaines exceptions. Comme je l'ai dit précédemment, le secret s'impose parfois, notamment en cas de demandes d'autorisation d'écoute électronique ou de mandat de perquisition. En pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. Dans d'autres situations, par exemple lorsque le secret professionnel est invoqué avec succès, la teneur des renseignements en litige peut ne jamais être dévoilée (voir *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14).

41 Le contexte est donc crucial en l'espèce. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la question constitutionnelle a une portée très limitée. La contestation fondée sur l'art. 7 ne vise que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l'institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Le paragraphe 51(3) oblige le tribunal, lorsque l'institution fédérale concernée le demande, à entendre ses arguments en l'absence de l'autre partie. L'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale à laquelle une demande de communication est présentée en application de l'art. 12 de la Loi de refuser de communiquer certains renseignements en invoquant les exceptions prévues par la Loi. Il ne conteste pas non plus le droit que le par. 16(2) reconnaît à l'institution de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels lorsqu'il invoque une exception. Vu l'existence d'un régime législatif valide autorisant l'État à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements (nous devons en effet supposer sa validité puisqu'il n'est pas contesté) et le fait que le tribunal saisi d'un recours en révision peut conclure que la communication des renseignements demandés a à bon droit été refusée et que, de ce fait, ceux-ci ne doivent pas être divulgués, il s'ensuit nécessairement qu'une institution fédérale doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Si l'on reconnaît, d'une part, que l'État peut

the government must have the capacity to proceed *ex parte*.

à juste titre refuser de communiquer des renseignements lorsqu'une exception légitime lui permet de le faire et, d'autre part, qu'il n'est pas déraisonnable que l'État, lorsqu'il invoque l'application d'une exception, refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, il s'ensuit nécessairement qu'il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie.

42 For all the exemptions in the Act other than s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 the government's ability to make *ex parte* submissions is subject to the discretion of the reviewing court. Through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), Parliament has seen fit to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Even though the adversarial challenge to the claim of exemptions in such cases is limited, recourse to the Privacy Commissioner and to two levels of court who will have access to the information sought and to the evidence supporting the claimed exemption is sufficient, in my view, to meet the constitutional requirements of procedural fairness in this context.

Pour toutes les exceptions prévues par la Loi, sauf celles établies par l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou l'art. 21, la possibilité pour l'État de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie dépend de l'exercice par le tribunal de révision de son pouvoir discrétionnaire à cet égard. En établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), le législateur a voulu affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Même si le débat contradictoire est limité lorsque la légitimité des exceptions invoquées est contestée dans des affaires de cette nature, l'existence d'un recours devant le Commissaire et les deux sections de la Cour fédérale — juridictions qui auront toutes accès aux renseignements demandés et à la preuve présentée pour justifier l'exception invoquée — permet, à mon avis, de satisfaire en l'espèce aux exigences constitutionnelles en matière d'équité procédurale.

43 The purpose of the exemption contained in s. 19(1)(*a*) and (*b*) is to prevent an inadvertent disclosure of information obtained in confidence from foreign governments or institutions. This provision is directly aimed at the state's interest in preserving Canada's present supply of intelligence information received from foreign sources. Section 21 is aimed at Canada's national security interests. The appellant acknowledges that the state's legitimate interest in protection of information which, if released, would significantly injure national security is a pressing and substantial concern. This Court recognized the interest of the state in protecting national security and the need for confidentiality in national security matters in *Chiarelli*, *supra*, at p. 745.

L'exception prévue aux al. 19(1)*a*) et *b*) vise à prévenir la divulgation accidentelle de renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements ou d'organismes étrangers. Elle vise directement l'intérêt de l'État à maintenir ses sources étrangères de renseignements. L'article 21 tend à protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. L'appelant reconnaît que l'intérêt légitime de l'État à protéger des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient sensiblement atteinte à la sécurité nationale est une préoccupation urgente et réelle. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, p. 745, la Cour a reconnu l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale ainsi que la nécessité de protéger le secret dans les affaires touchant à celle-ci.

44 The mandatory *ex parte in camera* provision is designed to avoid the perception by Canada's allies

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour

and intelligence sources that an inadvertent disclosure of information might occur, which would in turn jeopardize the level of access to information that foreign sources would be willing to provide. In her reasons, Simpson J. reviewed five affidavits filed by the respondent from CSIS, the RCMP, the Department of National Defence ("DND"), and two from the Department of External Affairs ("DEA"). These affidavits emphasize that Canada is a net importer of information and the information received is necessary for the security and defence of Canada and its allies. The affidavits further emphasize that the information providers are aware of Canada's access to information legislation. If the mandatory provisions were relaxed, all predict that this would negatively affect the flow and quality of such information. This extract from one of the affidavits from the DEA is typical:

> Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for instance, the United States, the United Kingdom or France. Canada does not have the same quantity or quality of information to offer in exchange for the information received from the countries which are our most important sources. If the confidence of these partners in our ability to protect information is diminished, the fact that we are a relatively less important source of information increases our vulnerability to having our access to sensitive information cut off.
>
> . . . Without these extra procedural protections [the mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provided for in s. 51] the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in value. The confidence in foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

In her reasons Simpson J. provided a brief overview of the affidavit evidence. The affidavit from CSIS stated that sensitive information is received

objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays. Dans ses motifs, madame le juge Simpson a examiné cinq affidavits déposés par l'intimé, trois ayant été établis par le SCRS, la GRC et le ministère de la Défense nationale (« MDN ») respectivement, et deux par le ministère des Affaires étrangères (« MAE »). Les auteurs de ces affidavits insistent sur le fait que le Canada est un importateur net d'information et que l'information recueillie est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. Ils ajoutent que les sources de renseignements connaissent les dispositions législatives canadiennes en matière d'accès à l'information. Tous affirment que l'assouplissement des dispositions impératives aurait un effet néfaste sur la circulation des renseignements et la qualité de ceux-ci. L'extrait suivant de l'un des affidavits du MAE est représentatif :

> [TRADUCTION] Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'évaluer l'information que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées.
>
> . . . À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d'ordre procédural [la tenue obligatoire d'une audience à huis clos et le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie, prévus à l'art. 51], les protections [substantielles qui font l']objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l'assurance qu'une demande visant à obtenir ce genre d'information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l'information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d'une audition.

45 Dans ses motifs, madame le juge Simpson a donné un aperçu de la preuve par affidavit. Le SCRS dit qu'on lui communique des renseignements

on the understanding that neither the source nor the information will be disclosed unless the provider consents. The affidavit from the RCMP representative discussed the agreements, as for example with Interpol, which operate on the basis that information will be kept confidential. The DND affidavit predicts that increasing the number of persons with access to information during the legal review process would "almost certainly restrict, if not completely eliminate" the possibility of Canada receiving information in the future. One of the affidavits from DEA observed that international convention and practice dictates that such information is received in confidence unless there is an express agreement to the contrary. The other DEA affidavit noted first that confidentiality is necessary to protect information critical to diplomacy, intelligence, and security. This affidavit acknowledged that whether the predicted drying up of information would actually occur if the mandatory protections were loosened would be hard to know since "you don't know what you are not getting", but he stressed his belief that under a different calculation of risks and benefits, foreign sources would likely screen information passed to Canada for fear that it would be compromised.

46 In the *Privacy Act* Parliament has recognized and attempted to balance the interests of the appellant in accessing personal information held by government institutions with the significant and legitimate interest of the state in national security and in maintaining foreign confidences. Only in the exceptional and limited circumstance where a government institution is claiming an exemption on the basis that the information involves national security and foreign confidences will the procedural regime in s. 51 requiring *ex parte in camera* proceedings be activated. The principles of fundamental justice do not require that the applicant have the most favourable proceedings. They do require that the proceedings be fair: *Lyons*, *supra*, at p. 362; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519,

délicats pour autant que ni les renseignements non plus que leur origine ne seront dévoilés sans le consentement de la source. L'affidavit du représentant de la GRC fait état d'ententes conclues, par exemple avec Interpol, et fondées sur le principe que les renseignements échangés demeureront confidentiels. Pour sa part, le représentant du MDN estime que l'accroissement du nombre de personnes ayant accès aux renseignements dans le cadre d'un recours en révision aurait [TRADUCTION] « pour conséquence quasi certaine de restreindre, sinon d'écarter complètement » la possibilité que le Canada obtienne des renseignements à l'avenir. Dans un des affidavits du MAE, l'auteur signale que la pratique et l'usage internationaux prescrivent que de tels renseignements soient obtenus sous le sceau de la confidentialité, sauf entente expresse à l'effet contraire. L'auteur du second affidavit du MAE souligne d'abord que la confidentialité est nécessaire à la protection d'informations cruciales en matière de diplomatie, de renseignement et de sécurité. Il reconnaît qu'il est impossible de prédire avec certitude qu'il y aurait tarissement des sources de renseignements du Canada si les dispositions de la Loi étaient assouplies, car [TRADUCTION] « on ne connaît pas ce que l'on n'obtient pas ». Il dit cependant estimer que, après réévaluation des risques et des avantages, les sources étrangères communiqueraient vraisemblablement moins de renseignements au Canada de crainte qu'ils ne soient divulgués.

En adoptant la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a reconnu le droit de l'appelant d'avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l'État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, et il a tenté d'établir un équilibre entre les deux. Ce n'est que dans le cas exceptionnel et bien précis où une institution fédérale refuse de communiquer des renseignements au motif qu'ils touchent à la sécurité nationale ou à des renseignements confidentiels de source étrangère que s'applique la procédure établie à l'art 51, savoir la tenue obligatoire d'audiences *ex parte* et à huis clos. Les principes de justice fondamentale n'exigent pas que

2000 SCC 48, at para. 130; *B. (R.)*, *supra*, at para. 101.

le demandeur bénéficie de la procédure la plus favorable, mais ils requièrent que la procédure soit équitable : *Lyons*, précité, p. 362; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 130; *B. (R.)*, précité, par. 101.

The *Privacy Act* includes alternative procedural protections in order to protect the interests of applicants. The government does not have unrestrained use of the exemptions. The government bears the burden of establishing that the information is properly exempted (s. 47). As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest. I also stress again that recourse to these exemptions is subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court on a judicial review application under s. 41. Both the Privacy Commissioner and the reviewing court have access to the information that is being withheld (ss. 34(2) and 45) in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In addition, the Federal Court has the power to order the release of the personal information if the court determines that the material was not received in confidence from a foreign source or is not within the bounds of the national security exemption.

47 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* comporte d'autres garanties procédurales visant à protéger les droits des personnes demandant l'accès à des renseignements. L'État ne peut invoquer les exceptions à son gré. La charge d'établir le bien-fondé du refus de communication des renseignements demandés lui incombe (art. 47). Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables. Je rappelle également que le bien-fondé d'une exception peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes : le Commissaire et, au moyen du recours prévu à l'art. 41, la Cour fédérale. Tant le Commissaire que la Cour fédérale ont accès aux renseignements dont la communication est refusée (par. 34(2) et art. 45) pour décider si l'exception est invoquée à bon droit. De plus, la Cour fédérale peut ordonner la communication des renseignements personnels lorsqu'elle estime qu'ils n'ont pas été obtenus à titre confidentiel d'une source étrangère ou qu'ils ne relèvent pas de l'exception relative à la sécurité nationale.

The appellant argues that the provision for discretion in other contexts involving national security, such as those at issue in *Chiarelli*, *supra*, shows that there is neither the need, nor the constitutional justification for the mandatory rule in s. 51 of the Act. It is true that s. 51(3) grants no discretion to the reviewing court to receive submissions *ex parte*. However, in order to determine whether the procedure accords with the principles of fundamental justice, in this case, it must be considered in the specific context in which it arises.

48 L'appelant plaide que l'existence du pouvoir discrétionnaire accordé dans d'autres contextes touchant la sécurité nationale, par exemple les circonstances de l'arrêt *Chiarelli*, précité, démontre que la règle impérative prévue par l'art. 51 de la Loi n'est ni nécessaire ni justifiée du point de vue constitutionnel. Il est vrai que, aux termes du par. 51(3), le tribunal de révision n'a pas le pouvoir discrétionnaire de décider de l'opportunité d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie. Toutefois, pour déterminer si, en l'espèce, la procédure est conforme aux principes de justice naturelle, il faut l'examiner eu égard au contexte précis dans lequel elle s'applique.

49 I agree with the observations of both Simpson J. and the Federal Court of Appeal that if the statutory scheme in s. 51 were discretionary as opposed to mandatory, it is virtually certain that a reviewing court would exercise its discretion to hear the matter *in camera* and accept submissions *ex parte* whenever the government presented appropriate evidence that the undisclosed material was received in confidence from foreign sources or involved national security.

50 It is also important to understand that the information withheld from an applicant under these exemptions may be quite innocuous to the applicant but, rather, reveal the interest of a government institution in other persons or groups or reveal the source of information, as in the case of information received from foreign sources. Section 19 protects information received in confidence from foreign sources regardless of how innocuous it may be as it relates to the applicant.

51 In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7.

B. *Section 2(b)*

52 The respondent did not appeal the finding of the motions judge (Simpson J.) that the mandatory nature of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(*b*). Simpson J. held that the appellant's rights as a reader were directly affected if the hearing was held *ex parte* and *in camera*. In such situations, members of the public, including the press, are excluded. As a member of the reading public the appellant was entitled to raise s. 2(*b*) to challenge the mandatory *ex parte* and *in camera* provision in s. 51. In support of this, Simpson J. cited *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, for the

À l'instar de madame le juge Simpson et de la Cour d'appel fédérale, j'estime que si la procédure établie à l'art. 51 était discrétionnaire plutôt qu'impérative, il est à peu près certain que le tribunal de révision exercerait son pouvoir discrétionnaire de tenir l'audience à huis clos et d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie dans tous les cas où l'État établit que les renseignements dont la communication est refusée sont des renseignements confidentiels de source étrangère ou des renseignements touchant à la sécurité nationale.

Il importe également de comprendre que les renseignements dont la communication est refusée sur le fondement de ces exceptions peuvent être tout à fait inoffensifs pour le demandeur, mais avoir pour effet soit de révéler l'intérêt que porte l'institution fédérale à d'autres personnes ou à d'autres groupes soit de dévoiler la source de l'information, comme dans le cas de renseignements émanant de l'étranger. L'article 19 protège les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, aussi inoffensifs soient-ils pour le demandeur.

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par l'appelant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*.

B. *L'alinéa 2b)*

L'intimé n'a pas interjeté appel de la conclusion du juge des requêtes (madame le juge Simpson) voulant que le caractère impératif des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*). Madame le juge Simpson a conclu que les droits de l'appelant en tant que lecteur étaient directement touchés si l'audience se déroulait *ex parte* et à huis clos. En pareil cas, le public, y compris la presse, serait exclu. En tant que membre du public lecteur, l'appelant pouvait contester, sur le fondement de l'al. 2*b*), les dispositions de l'art. 51 imposant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos. Au soutien de cette con-

principle that freedom of expression in s. 2(*b*) protects both listeners and readers.

The concept of open courts is deeply embedded in our common law tradition and has found constitutional protection in s. 2(*b*) of the *Charter*. This Court confirmed in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, the importance of this principle, which is inextricably linked to the rights guaranteed by s. 2(*b*). As stated by La Forest J. at para. 23:

> Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the freedom guaranteed by s. 2(*b*), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place. Cory J. in *Edmonton Journal* described the equally important aspect of freedom of expression that protects listeners as well as speakers and ensures that this right to information about the courts is real and not illusory. At pages 1339-40, he states:
>
> > That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court.

clusion, le juge Simpson a cité l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, où la Cour a dit que la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) protège tant l'auditeur que le lecteur.

Le principe de la publicité des débats judiciaires est profondément enraciné dans notre tradition de common law, et il est protégé constitutionnellement par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour a confirmé l'importance de ce principe, qui est inextricablement lié aux droits garantis par l'al. 2*b*). Comme l'a dit le juge La Forest au par. 23 : 53

> Grâce à ce principe [la publicité des débats en justice], le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2*b*), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux. Dans *Edmonton Journal*, le juge Cory a décrit l'autre aspect tout aussi important de la liberté d'expression qui protège à la fois ceux qui s'expriment et ceux qui les écoutent, et qui garantit que ce droit à l'information sur les tribunaux est réel et non illusoire. Aux pages 1339 et 1340, il a dit ceci :
>
> > C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils

Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

That the right of the public to information relating to court proceedings, and the corollary right to put forward opinions pertaining to the courts, depend on the freedom of the press to transmit this information is fundamental to an understanding of the importance of that freedom. The full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d'être* of the s. 2(*b*) guarantees. Debate in the public domain is predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press. The public's entitlement to be informed imposes on the media the responsibility to inform fairly and accurately. This responsibility is especially grave given that the freedom of the press is, and must be, largely unfettered. [Emphasis added by La Forest J.]

To the extent that the *in camera* provision excludes both the appellant and the public from the proceedings it is clear that the provision violates s. 2(*b*). The respondent did not appeal the finding of Simpson J. that the mandatory nature of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(*b*). The respondent has not challenged the appellant's standing to challenge the provision under s. 2(*b*). I therefore assume, without comment, that he has standing to do so.

54 It remains to determine whether the *in camera* provision in s. 51(2)(*a*) can be saved by s. 1 as a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I conclude that it cannot. In relation to s. 21, the appellant concedes that the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security is a pressing and substantial concern. In reference to s. 19(1)(*a*) and (*b*) I agree with Simpson J. that the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources is also a pressing and substantial objective. *In camera* hearings reduce the risk of an

peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

L'idée que le droit du public à l'information concernant les procédures judiciaires et le droit correspondant d'émettre des opinions sur les tribunaux sont tributaires de la liberté de la presse de communiquer cette information est fondamentale pour bien comprendre l'importance de cette liberté. La raison d'être des garanties de l'al. 2*b*) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie. Le débat au sein du public suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l'existence d'une presse libre et vigoureuse. Le droit du public d'être informé impose aux médias la responsabilité d'informer de façon exacte et impartiale. Cette responsabilité est particulièrement lourde, étant donné que la liberté de la presse s'exerce et doit s'exercer en grande partie sans entrave. [Soulignement du juge La Forest.]

Dans la mesure où la disposition prescrivant le huis clos exclut à la fois l'appelant et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2*b*). L'intimé n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson portant que la nature obligatoire des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*). Comme l'intimé n'a pas plaidé que l'appelant n'avait pas qualité pour contester la disposition au regard de l'al. 2*b*), je présume en conséquence, sans commenter ce point davantage, que ce dernier a la qualité requise pour le faire.

Il reste maintenant à décider si le par. 51(2), qui prescrit la tenue de l'audience à huis clos, constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et si, de ce fait, sa validité peut être sauvegardée par l'article premier. Je conclus que non. Relativement à l'art. 21, l'appelant reconnaît que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada est une préoccupation urgente et réelle. En ce qui a trait aux al. 19(1)*a*) et *b*), je souscris à l'opinion de madame le juge Simpson que la préservation des sources

inadvertent disclosure of sensitive information and thus the provision is rationally connected to the objective.

étrangères de renseignements du Canada constitue également un objectif urgent et réel. Comme la tenue d'audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l'objectif qu'elle vise.

The provision fails, however, on the question of minimal impairment. Simpson J. identified a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera.* Indeed, it is evident from her reasons that the Solicitor General consented to proceeding on such a basis in this case ((1994), 80 F.T.R. 81, at para. 5). As an example of this judicial practice Simpson J. cited *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.).

55 Toutefois, la disposition ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'atteinte minimale. Madame le juge Simpson a signalé que les tribunaux ont pour pratique de donner une interprétation atténuante de l'art. 51 et de n'ordonner le huis clos que pendant l'audition d'arguments en l'absence de l'autre partie. De fait, il ressort de ses motifs que le solliciteur général a en l'espèce consenti à ce que la procédure se tienne ainsi ((1994), 80 F.T.R. 81, par. 5). À titre d'exemple de cette pratique, madame le juge Simpson a mentionné l'affaire *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1re inst.).

Ternette was an application under s. 41 of the Act for a review of a refusal to disclose personal information pursuant to s. 21. Although the respondent Solicitor General filed a notice of motion in advance of the hearing for the hearing to be conducted *in camera*, at the commencement of the hearing the Solicitor General proposed, with the consent of the applicant and the intervener Privacy Commissioner, that the hearing proceed in open court with the exception that the *ex parte* submissions would be made *in camera.* The motions judge acknowledged that s. 51(2) provides that in an application such as the one before him, where the refusal to disclose personal information is based on s. 21, the hearing "shall be heard *in camera*" (emphasis added). Despite this, he ordered that the hearing proceed in public, as proposed, with the opportunity for the Solicitor General to make submission *ex parte* and *in camera.* He explained the reason for his order as follows (at p. 89):

56 Dans *Ternette*, l'intéressé avait exercé un recours en révision en vertu de l'art. 41 de la Loi après s'être vu refuser la communication de renseignements personnels sur le fondement de l'art. 21. Malgré le fait qu'il avait produit au préalable un avis de requête sollicitant la tenue de l'audience à huis clos, le solliciteur général intimé avait proposé, au début de l'audience, avec le consentement du demandeur et de l'intervenant, le Commissaire, que les débats soient publics, sauf pendant l'audition des arguments en l'absence de l'autre partie. Le juge des requêtes avait reconnu que, suivant le par. 51(2), les recours visant un refus fondé sur l'art. 21 « [font] [. . .] l'objet d'une audition à huis clos » (je souligne). Il avait néanmoins ordonné que l'audience se déroule publiquement, comme on le proposait, mais que le solliciteur général ait la possibilité de présenter à huit clos des arguments en l'absence de l'autre partie. Il a expliqué sa décision de la manière suivante (à la p. 89) :

That order was based on the principle that the Court's proceedings are open and public unless there be a particular ground urged by a party that is deemed to warrant exceptional proceedings *in camera* or *ex parte*. Such a ground exists by virtue of subsections 51(2) and (3). That provision is intended for the protection of public and private interests in information. If it is not seen as

Cette ordonnance est fondée sur le principe selon lequel les procédures de la Cour ont lieu en public à moins qu'une partie n'invoque un motif particulier qui est réputé justifier exceptionnellement une audience à huis clos ou en l'absence d'une partie. Pareil motif découle des paragraphes 51(2) et (3). Cette disposition est destinée à protéger les intérêts public et privé.

necessary for protection of those interests for the entire proceedings but only for a portion of them to be held *in camera*, by counsel representing the head of the government institution concerned, by the applicant, or by the Privacy Commissioner, in my view it would be contrary to the longstanding tradition of our judicial system and the Rules of this Court (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663) for the Court *ex proprio motu* to direct that the hearing be fully *in camera*.

57 In our case, counsel for the Solicitor General informed the Court during oral argument that the hearing in this case before MacKay J. with respect to the merits of the exemptions claimed, was heard *in camera*. On the other hand, the hearings before Simpson J. on the constitutional questions were conducted in public. Counsel for the Solicitor General further represented to the Court that the Department of Justice has interpreted s. 51 narrowly, limiting the *in camera* requirement only to those portions of a hearing that concern the merits of the exemptions claimed under s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 but allowing the Crown to consent to "collateral" issues (i.e., constitutional or procedural issues) being heard in open court.

58 Aside from the constitutional issue, the Solicitor General's interpretation of s. 51(2)(*a*) is not one that the statute can reasonably bear. Section 51(2)(*a*) mandates that the hearing of an application under s. 41 and an appeal therefrom relating to personal information that a government institution has refused to disclose by reason of s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 be heard *in camera*. Contrary to the apparent practice referred to by the Solicitor General, the statute does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. It is not open to the parties, even on consent, to bypass the mandatory *in camera* requirements of s. 51. Nor is open to a judge to conduct a hearing in open court in direct contradiction to the requirements of the statute, regardless of the proposal put forth by the parties. Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is "read down" as a constitutional

Si l'avocat représentant le responsable de l'institution fédérale concernée, le requérant ou le Commissaire à la protection de la vie privée n'estiment pas nécessaire, en vue de la protection de ces intérêts, que l'audience au complet soit tenue à huis clos, mais qu'une partie seulement se déroule ainsi, la Cour irait, à mon avis, à l'encontre de la tradition établie depuis longtemps dans notre régime judiciaire et dans les Règles de la Cour (*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663) si elle ordonnait *ex proprio motu* que l'audience au complet soit tenue à huis clos.

Dans la présente affaire, les avocats du solliciteur général ont, pendant les plaidoiries, informé la Cour que le juge MacKay avait entendu à huis clos les arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées, alors que les questions constitutionnelles avaient été débattues devant madame le juge Simpson dans le cadre d'audiences publiques. Ils ont en outre fait valoir que le ministère de la Justice avait interprété l'art. 51 de manière restrictive, n'exigeant le huis clos que pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées en application de l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou de l'art. 21 et autorisant ses représentants à consentir à l'audition publique des questions « incidentes » (de nature constitutionnelle ou procédurale par exemple).

Abstraction faite de la question constitutionnelle, cette interprétation du par. 51(2) ne peut raisonnablement s'appuyer sur le texte de la loi. Le paragraphe 51(2) prescrit l'audition à huis clos, en premier ressort et en appel, de tout recours en révision exercé en vertu de l'art. 41 à la suite du refus d'une institution fédérale, sur le fondement de l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou de l'art. 21, de communiquer des renseignements personnels. Contrairement à la pratique qui, selon le solliciteur général, aurait cours devant les tribunaux, la Loi ne limite pas l'application de l'obligation relative au huis clos uniquement à l'audition des arguments portant sur le bien-fondé d'une exception. En effet, il n'est pas loisible aux parties, même si elles y consentent toutes, d'écarter les dispositions impératives de l'art. 51 relatives au huis clos. Il n'est pas non plus loisible au tribunal de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à la loi, quoi que puissent proposer les parties à cet égard. À moins que la disposition créant l'exigence

remedy, it cannot otherwise be interpreted to bypass its mandatory nature.

The existence of this judicial practice makes clear, though, that the requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera*, as is required by s. 51(2)(*a*), is too stringent. The practice endorsed by the Solicitor General and courts alike demonstrates that the section is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts.

I have already concluded that the *Privacy Act* validly obliges a reviewing court to accept *ex parte* submissions from a government institution, on request, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. It follows, for the same reasons, that these *ex parte* submissions must be received *in camera*. The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(*a*) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

VI. Cross-Appeal

Subsequent to the decision of Simpson J. in respect of the constitutionality of the provisions, MacKay J. ruled on the applicability of the various exemptions claimed. The cross-appeal concerns the decisions of MacKay J. ([1998] 2 F.C. 351) and the Federal Court of Appeal ([2000] 3 F.C. 589) with regards to the exemption in s. 22(1)(*b*) specifically. MacKay J. held that CSIS was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(*b*) as they had established a reasonable expectation of probable

impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation « atténuante », elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif.

59 L'existence de cette pratique des tribunaux fait toutefois ressortir la rigueur excessive de l'obligation que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos. La pratique susmentionnée — à laquelle souscrivent le solliciteur et les tribunaux — démontre que le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice.

60 J'ai conclu, plus tôt, à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, obligent le tribunal saisi d'un recours en révision à entendre les arguments de cette institution en l'absence de l'autre partie, afin de prévenir toute divulgation accidentelle de renseignements délicats. Il s'ensuit, pour les mêmes motifs, que ces arguments doivent également être entendus à huis clos. La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

VI. Le pourvoi incident

61 Après le prononcé de la décision de madame le juge Simpson sur la constitutionnalité des dispositions, le juge MacKay a statué sur l'applicabilité des différentes exceptions invoquées. Le pourvoi incident vise les décisions du juge MacKay ([1998] 2 C.F. 351) et de la Cour d'appel fédérale ([2000] 3 C.F. 589) concernant l'exception prévue à l'al. 22(1)*b*). Le juge MacKay a estimé que le SCRS avait invoqué à bon droit cette exception, puisque l'organisme avait établi que la divulgation des ren-

injury to investigations in general. MacKay J. commented that the only evidence on the public record before him was the public affidavit filed by CSIS. The evidence was uncontradicted and strengthened by CSIS's secret affidavit.

62 Soon after MacKay J. issued his reasons on the merits of the exemptions, the Federal Court of Appeal released its decision in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430. *Rubin* involved the interpretation of s. 16(1)(*c*) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, a similar, almost identical, provision to s. 22(1)(*b*) of the Act. The court in *Rubin* held that the exemption involved was limited to circumstances where a reasonable expectation of harm could be established to a current specific investigation or identifiable prospective investigation. The Federal Court of Appeal cited *Rubin* with approval and held that MacKay J. should not have extended the notion of injury in s. 22(1)(*b*) to investigations in general. The material was ordered sent back for a new review.

63 In light of this Court's decision in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, the cross-appeal must be allowed and the decision of the motions judge restored. The motions judge interpreted s. 22(1)(*b*) in a manner consistent with this Court's ruling in *Lavigne*. The exemption in s. 22(1)(*b*) is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. The appellant, respondent on cross appeal, did not challenge the finding of the motions judge that the Solicitor General had established a reasonable expectation of harm. The decision of MacKay J. is therefore restored.

VII. Costs

64 The appellant requested but was not awarded costs of his original application for a declaration that s. 51 was unconstitutional. Nor was he awarded costs on his appeal to the Federal Court of Appeal dealing with the constitutionality of s. 51. He asks this Court to award him costs on this appeal, the original constitutional application before Simpson J. of

seignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général. Il a fait observer que le seul élément de preuve dans le dossier public dont il disposait était l'affidavit public produit par le SCRS. Cet élément de preuve n'a pas été contredit et il était étayé par l'affidavit secret du SCRS.

Peu après que le dépôt des motifs du juge MacKay quant au bien-fondé des exceptions, la Cour d'appel fédérale a rendu jugement dans l'affaire *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430, qui portait sur l'interprétation de l'al. 16(1)*c*) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, disposition quasi identique à l'al. 22(1)*b*) de la Loi. La cour a jugé que l'exception concernée ne pouvait être invoquée que lorsqu'il était établi que la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à une enquête particulière déjà en cours ou prévue. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a cité et approuvé l'arrêt *Rubin* concluant que le juge MacKay n'aurait pas dû étendre aux enquêtes en général la notion de préjudice prévue à l'al. 22(1)*b*). Elle a ordonné le renvoi des documents à la Section de première instance en vue d'une nouvelle révision.

Eu égard à l'arrêt de la Cour *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, le pourvoi incident doit être accueilli et la décision du juge des requêtes rétablie. Le juge des requêtes a interprété l'al. 22(1)*b*) d'une manière compatible avec cet arrêt. L'exception prévue à l'al. 22(1)*b*) ne s'applique pas qu'aux enquêtes déjà en cours ou prévues. L'appelant/intimé au pourvoi incident n'a pas contesté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le solliciteur général avait établi l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice. La décision du juge MacKay est en conséquence rétablie.

VII. Les dépens

L'appelant a réclamé sans succès les dépens afférents à sa demande initiale visant à faire déclarer l'art. 51 inconstitutionnel. Il n'a pas non plus eu droit aux dépens en Cour d'appel fédérale sur cette question. L'appelant demande à la Cour de lui accorder les dépens afférents au présent pourvoi ainsi qu'à la contestation constitutionnelle devant

the Federal Court, Trial Division and on the appeal of the constitutional issue to the Federal Court of Appeal.

Although routinely costs follow the outcome of a case, this Court has the discretion, pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to award costs on an appeal regardless of the outcome. It also has the discretion to order the payment of costs of the proceedings in the courts below.

The *Privacy Act* specifically contemplates an award of costs to an unsuccessful party where an important and novel issue has been raised.

52. . . .

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

The spirit and purpose of s. 52(2) is a relevant consideration for this Court in the exercise of its discretion. The constitutional issues raised by the appellant in this case were serious, important and novel in the context of access to information litigation.

VIII. Conclusion

The appeal is allowed in part. I am of the opinion that it is appropriate in this case to award costs of the proceedings, here and in the courts below, to the appellant. The cross-appeal is allowed with costs to the respondent, appellant on the cross-appeal. The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, as was conceded by the respondent.

madame le juge Simpson de la Section de première instance de la Cour fédérale et à l'appel de cette question devant la Cour d'appel fédérale.

65 Bien que les dépens suivent habituellement l'issue de la cause, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens quelle que soit l'issue de l'affaire. La Cour peut également ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures.

66 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* indique expressément que la partie déboutée de son recours peut se voir accorder les frais et dépens lorsque l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau :

52. . . .

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

L'esprit et l'objet de cette disposition constituent, pour la Cour, une considération pertinente dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les questions constitutionnelles soulevées par l'appelant en l'espèce revêtaient un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information.

VIII. Conclusion

67 Le pourvoi est accueilli en partie. Je suis d'avis qu'il convient, dans la présente affaire, d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures. Le pourvoi incident est accueilli avec dépens en faveur de l'intimé/appelant au pourvoi incident. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : Oui, comme l'a concédé l'intimé.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. Section 51(2)(*a*) is read down to apply to subsection (3) only.

3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Assuming without deciding that s. 7 applies, the answer is no.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question need not be answered.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Le paragraphe 51(2) fait l'objet d'une interprétation atténuante de façon qu'il ne s'applique qu'au par. (3).

3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : En supposant que l'art. 7 s'applique, sans pour autant trancher la question, la réponse est non.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

ANNEXE

Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

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.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(*a*) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(*b*) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

. . .

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(*a*)

(*a*) that the personal information does not exist, or

(*b*) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

. . .

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

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.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

. . .

16. (1) En cas de refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1), l'avis prévu à l'alinéa 14*a*) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, d'autre part :

a) soit le fait que le dossier n'existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si les renseignements existaient.

(2) Le paragraphe (1) n'oblige pas le responsable de l'institution fédérale à faire état de l'existence des renseignements personnels demandés.

. . .

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel :

(*a*) the government of a foreign state or an institution thereof;

(*b*) an international organization of states or an institution thereof;

(*c*) the government of a province or an institution thereof; or

(*d*) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

(2) The head of a government institution may disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained from any government, organization or institution described in subsection (1) if the government, organization or institution from which the information was obtained

(*a*) consents to the disclosure; or

(*b*) makes the information public.

. . .

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(*a*) to (*i*) of the *Access to Information Act*.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

(*a*) that was obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

c) des gouvernements provinciaux ou de leurs organismes;

d) des administrations municipales ou régionales constituées en vertu de lois provinciales ou de leurs organismes.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication des renseignements personnels visés au paragraphe (1) si le gouvernement, l'organisation, l'administration ou l'organisme qui les a fournis :

a) consent à la communication;

b) rend les renseignements publics.

. . .

21. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, au sens du paragraphe 15(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives, au sens du paragraphe 15(2) de la même loi, notamment les renseignements visés à ses alinéas 15(1)*a*) à *i*).

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

a) soit qui remontent à moins de vingt ans lors de la demande et qui ont été obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait :

(i) à la détection, la prévention et la répression du crime,

(ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales,

(iii) aux activités soupçonnées de constituer des menaces envers la sécurité du Canada au sens de

of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the information came into existence less than twenty years prior to the request;

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(*b*), "investigation" means an investigation that

(*a*) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(*b*) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(*c*) is within a class of investigations specified in the regulations.

. . .

34. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

. . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy

la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . .

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)*b*), « enquête » s'entend de celle qui :

a) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;

b) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;

c) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

. . .

34. . . .

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

. . .

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte

Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

45. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Court may examine under this section may be withheld from the Court on any grounds.

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

. . .

à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

. . .

45. Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels la Cour a accès en vertu du présent article ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

46. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque :

a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;

b) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.

(2) Dans le cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions aux lois fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

. . .

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(*b*) or (*c*) or 24(*a*), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

. . .

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21. . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(*a*) be heard *in camera*; and

(*b*) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given an opportunity to make representations *ex parte*.

52. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

Appeal allowed in part with costs to the appellant. Cross-appeal allowed with costs to the respondent.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)*b*) ou *c*) ou 24*a*), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

. . .

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

52. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'appelant. Pourvoi incident accueilli, avec dépens en faveur de l'intimé.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Ottawa; le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Commissioner of Patents *Appellant*

v.

President and Fellows of Harvard College *Respondent*

and

Canadian Council of Churches, Evangelical Fellowship of Canada, Canadian Environmental Law Association, Greenpeace Canada, Canadian Association of Physicians for the Environment, Action Group on Erosion, Technology and Concentration, Canadian Institute for Environmental Law and Policy, Sierra Club of Canada, Animal Alliance of Canada, International Fund for Animal Welfare Inc. and Zoocheck Canada Inc. *Interveners*

Commissaire aux brevets *Appelant*

c.

President and Fellows of Harvard College *Intimé*

et

Conseil canadien des Églises, Alliance évangélique du Canada, Association canadienne du droit de l'environnement, Greenpeace Canada, Association canadienne des médecins pour l'environnement, Action Group on Erosion, Technology and Concentration, Institut canadien du droit et de la politique de l'environnement, Sierra Club du Canada, Alliance animale du Canada, Fonds international pour la protection des animaux inc. et Zoocheck Canada Inc. *Intervenants*

INDEXED AS: HARVARD COLLEGE *v.* CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)

Neutral citation: 2002 SCC 76.

File No.: 28155.

2002: May 21; 2002: December 5.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : HARVARD COLLEGE *c.* CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS)

Référence neutre: 2002 CSC 76.

N° du greffe : 28155.

2002 : 21 mai; 2002 : 5 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Patentable subject matter — Standard of review — Standard of review applicable to Commissioner of Patent's decision to refuse patent.

Patents — Patentable subject matter — Biotechnology — Patentability of higher life forms — College seeking to patent genetically altered mouse for cancer research — Whether "invention" encompasses higher life forms — Meaning of "manufacture" and "composition of matter" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 "invention".

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Objet brevetable — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable au refus du commissaire aux brevets de délivrer le brevet sollicité.

Brevets — Objet brevetable — Biotechnologie — Brevetabilité des formes de vie supérieures — Collège cherchant à faire breveter une souris génétiquement modifiée pour les fins de la recherche sur le cancer — Le mot « invention » englobe-t-il les formes de vie supérieures? — Sens des mots « fabrication » et « composition de matières » — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention ».

The respondent applied for a patent on an invention entitled "transgenic animals". According to the application, a cancer-promoting gene ("oncogene") is injected into fertilized mouse eggs as close as possible to the one-cell stage. The eggs are then implanted into a female host mouse and permitted to develop to term. After the offspring of the host mouse are delivered, they are tested for the presence of the oncogene. Those that contain the oncogene are called "founder" mice. Founder mice are mated with mice that have not been genetically altered. Fifty per cent of the offspring will have all of their cells affected by the oncogene, making them suitable for animal carcinogenic studies. In its patent application, the respondent seeks to protect both the process by which the oncomice are produced and the end product of the process, i.e. the founder mice and the offspring whose cells contain the oncogene. The process and product claims extend to all non-human mammals. The process claims were allowed by the Patent Examiner, while the product claims were rejected. The appellant Commissioner confirmed the refusal of the product claims. The Federal Court, Trial Division, dismissed the respondent's appeal from the appellant's decision. The respondent's further appeal to the Federal Court of Appeal was allowed.

Held (McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed. A higher life form is not patentable because it is not a "manufacture" or "composition of matter" within the meaning of "invention" in s. 2 of the *Patent Act*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache and LeBel JJ.: This appeal raises the issue of the patentability of higher life forms within the context of the *Patent Act*.

A. *The Commissioner's Power to Refuse a Patent Under Section 40*

The standard of review applicable to the Commissioner's decision in this case is correctness. The courts are as well placed as the Commissioner to decide whether the definition of invention in s. 2 of the *Patent Act* encompasses higher life forms, since the *Patent Act* contains no privative clause, gives applicants a broad right of appeal, and the question approaches a pure determination of law that has significant precedential value. Section 40 of the *Patent Act* does not give the Commissioner discretion to refuse a patent on the basis of public policy considerations independent of any express provision in the Act. Since the Commissioner has

L'intimé a présenté une demande de brevet d'invention intitulée « animaux transgéniques ». Aux termes de la demande, un gène qui prédispose au cancer (l'oncogène) est injecté dans des œufs de souris fécondés au moment où ils sont le plus près possible du stade unicellulaire. Les œufs sont ensuite implantés dans une souris femelle hôte où ils peuvent se développer jusqu'à terme. Après la mise bas de la souris hôte, on vérifie si l'oncogène est présent chez les souriceaux. Ceux qui sont porteurs de l'oncogène sont désignés comme étant des souris « fondatrices ». Les souris fondatrices sont accouplées avec des souris non génétiquement modifiées. Chez la moitié des souriceaux, toutes les cellules seront affectées par l'oncogène, ce qui les rendra utiles pour les études de cancérogénicité chez les animaux. Dans sa demande de brevet, l'intimé cherche à faire protéger à la fois le procédé qui permet de produire l'oncosouris et le produit final de ce procédé, à savoir la souris fondatrice et ses souriceaux dont les cellules contiennent l'oncogène. Les revendications relatives au procédé et au produit visent aussi tous les mammifères non humains. L'examinateur des brevets a accueilli les revendications relatives au procédé, mais a rejeté celles relatives au produit. Le commissaire appelant a confirmé le rejet des revendications relatives au produit. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté l'appel de l'intimé contre la décision de l'appelant. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimé.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Une forme de vie supérieure n'est pas brevetable du fait qu'elle n'est ni une « fabrication » ni une « composition de matières » au sens du mot « invention » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache et LeBel : Le présent pourvoi soulève la question de la brevetabilité des formes de vie supérieures dans le contexte de la *Loi sur les brevets*.

A. *Le pouvoir du commissaire de refuser d'accorder un brevet en vertu de l'art. 40*

La norme de contrôle applicable à la décision du commissaire en l'espèce est celle de la décision correcte. Les tribunaux sont aussi en mesure que le commissaire de décider si la définition du terme « invention », à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, vise les formes de vie supérieures, étant donné que la *Loi sur les brevets* ne comporte aucune clause privative, qu'elle confère aux demandeurs un droit d'appel général et que cette question requiert une simple décision sur un point de droit qui aura une grande valeur comme précédent. L'article 40 de la *Loi sur les brevets* ne donne pas au commissaire le pouvoir discrétionnaire de refuser un brevet pour des raisons d'intérêt

no discretion independent of the *Patent Act* to consider the public interest when granting or denying a patent, the Commissioner's decision in this case, given its nature, is not owed deference.

B. *The Definition of Invention: Whether a Higher Life Form Is a "Manufacture" or a "Composition of Matter"*

The sole question in this appeal is whether the words "manufacture" and "composition of matter", within the context of the *Patent Act*, are sufficiently broad to include higher life forms. It is irrelevant whether this Court believes that higher life forms such as the oncomouse ought to be patentable. The words of the *Patent Act* "are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". Comparisons with the patenting schemes of other countries will therefore be of limited value. The best reading of the words of the Act supports the conclusion that higher life forms are not patentable.

(1) The Words of the Act

For a higher life form to fit within the definition of "invention", it must be considered to be either a "manufacture" or a "composition of matter". While the definition of "invention" in the *Patent Act* is broad, Parliament did not define "invention" as "anything new and useful made by man". The choice of an exhaustive definition signals a clear intention to exclude certain subject matter as being outside the confines of the Act. The word "manufacture" ("*fabrication*"), in the context of the Act, is commonly understood to denote a non-living mechanistic product or process, not a higher life form. The words "composition of matter" ("*composition de matières*") as they are used in the Act do not include a higher life form such as the oncomouse. The words occur in the phrase "art, process, machine, manufacture or composition of matter". A collective term that completes an enumeration is often restricted to the same genus as the terms which precede it, even though the collective term may ordinarily have a much broader meaning. Just as "machine" and "manufacture" do not imply a living creature, the words "composition of matter" are best read as not including higher life forms. While a fertilized egg injected with an oncogene may be a mixture of various ingredients, the body of a mouse does not consist of ingredients or substances that have been combined or mixed together by a person. Moreover, "matter" captures only one aspect of a higher

public indépendantes de toute disposition expresse de la Loi. Étant donné que le commissaire n'a aucun pouvoir discrétionnaire, indépendant de la *Loi sur les brevets*, de prendre en considération l'intérêt public pour accorder ou refuser un brevet, il n'y a pas lieu, en l'espèce, de faire preuve de retenue à l'égard de sa décision en raison de la nature de cette dernière.

B. *La définition du mot « invention » : Une forme de vie supérieure est-elle une « fabrication » ou une « composition de matières »?*

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, les mots « fabrication » et « composition de matières » ont une portée assez large pour viser des formes de vie supérieures. Il n'importe pas de savoir si notre Cour estime qu'une forme de vie supérieure comme l'oncosouris devrait être brevetable. Il faut interpréter les termes de la *Loi sur les brevets* « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Toute comparaison avec les régimes de brevets d'autres pays aura donc peu d'utilité. L'interprétation la plus juste des mots de la Loi étaye la conclusion que les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables.

(1) Les mots utilisés dans la Loi

Pour être visée par la définition du mot « invention », une forme de vie supérieure doit être considérée comme une « fabrication » ou une « composition de matières ». Bien que la définition que la *Loi sur les brevets* donne du mot « invention » soit générale, le législateur n'a pas défini le terme « invention » comme « tout ce qui est fabriqué par l'être humain et qui présente le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Le choix d'une définition exhaustive indique une intention claire d'exclure certains objets pour le motif qu'ils ne relèvent pas de la Loi. Dans le contexte de la Loi, le mot « fabrication » (« *manufacture* ») s'entend généralement d'un produit ou d'un procédé mécanique non vivant, et non d'une forme de vie supérieure. L'expression « composition de matières » (« *composition of matter* »), utilisée dans la Loi, ne vise pas une forme de vie supérieure comme l'oncosouris. Elle figure dans l'énumération « réalisation, [. . .] procédé, [. . .] machine, fabrication ou composition de matières ». Le terme collectif qui complète une énumération se restreint à des choses de même genre que celles qui le précèdent, même si, de par sa nature, ce terme collectif est susceptible d'embrasser beaucoup plus. Tout comme les mots « machine » et « fabrication » ne désignent pas une créature vivante, l'expression « composition de matières » ne vise pas les formes de vie supérieures.

life form, generally regarded as possessing qualities and characteristics that transcend the particular genetic material of which it is composed. Higher life forms cannot be conceptualized as mere "compositions of matter" within the context of the *Patent Act*. Just because all inventions are unanticipated and unforeseeable, it does not necessarily follow that they are all patentable. It is possible that Parliament did not intend to include higher life forms in the definition of "invention". It is also possible that Parliament did not regard cross-bred plants and animals as patentable because they are better regarded as "discoveries". Since patenting higher life forms would involve a radical departure from the traditional patent regime, and since the patentability of such life forms is a highly contentious matter that raises a number of extremely complex issues, clear and unequivocal legislation is required for higher life forms to be patentable. The current Act does not clearly indicate that higher life forms are patentable.

(2) The Scheme of the Act

The above interpretation of the words of the Act finds support in the fact that the patenting of higher life forms raises unique concerns which do not arise in respect of non-living inventions and which are not addressed by the scheme of the Act. The fact that the Act is ill-equipped to deal appropriately with higher life forms as patentable subject matter is an indication that Parliament never intended the definition of "invention" to extend to this type of subject matter. While some policy concerns, such as the environmental and animal welfare implications of biotechnology, are more appropriately dealt with outside the patent system, other concerns are more directly related to patentability and to the scheme of the Act. These concerns illustrate the fact that the *Patent Act* in its current form is not well suited to address the unique characteristics possessed by higher life forms. The issue of the patenting of human life forms is a complex one that cannot be readily dismissed by reference to the *Charter*. It is not an appropriate judicial function of the courts to create an exception from patentability for human life given that such an exception requires one to consider both what is human and which aspects of human life should be excluded. The lack of direction currently in the

Bien que l'œuf fécondé dans lequel est injecté l'oncogène soit un mélange de divers ingrédients, le corps d'une souris ne comporte pas des ingrédients ou des substances qui ont été combinés ou mélangés ensemble par une personne. De plus, le mot « matière » n'englobe qu'un seul aspect d'une forme de vie supérieure, qui est généralement considérée comme possédant des attributs et des caractéristiques qui transcendent le matériel génétique qui la compose. Les formes de vie supérieures ne peuvent pas être perçues comme étant de simples « compositions de matières » dans le contexte de la *Loi sur les brevets*. Les inventions ne sont pas toutes nécessairement brevetables du seul fait qu'elles sont toutes imprévues et imprévisibles. Il se peut que le législateur n'ait pas voulu que la définition du mot « invention » vise les formes de vie supérieures. Il est également possible que le législateur ait jugé que les plantes et les animaux hybrides n'étaient pas brevetables parce qu'il vaut mieux les considérer comme des « découvertes ». Étant donné que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures exigerait une dérogation radicale au régime traditionnel des brevets et que la brevetabilité de ces formes de vie est une question fort controversée qui soulève un certain nombre de points extrêmement complexes, une mesure législative claire et nette est requise pour que les formes de vie supérieures soient brevetables. La loi actuelle n'indique pas clairement que les formes de vie supérieures sont brevetables.

(2) L'économie de la Loi

L'interprétation susmentionnée des mots de la Loi est étayée par le fait que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures soulève des questions exceptionnelles qui ne se posent pas à l'égard d'inventions non vivantes et qui ne sont pas visées par l'économie de la Loi. Le fait que la Loi ne permet pas de traiter adéquatement les formes de vie supérieures en tant qu'objets brevetables est un signe que le législateur n'a jamais voulu que la définition du terme « invention » vise ce type d'objet. Alors que certaines questions de politique générale, comme les conséquences de la biotechnologie sur la qualité de l'environnement et le bien-être des animaux, trouveraient meilleure réponse en dehors du système des brevets, d'autres questions sont plus directement liées à la brevetabilité et à l'économie de la Loi. Ces questions illustrent le fait que, sous sa forme actuelle, la *Loi sur les brevets* ne permet pas de tenir compte des caractéristiques exceptionnelles des formes de vie supérieures. La question de la délivrance de brevets pour des formes de vie humaines est complexe et ne peut être aisément résolue au moyen de la *Charte*. Il n'appartient pas aux tribunaux d'établir une exception à la brevetabilité de l'être humain étant donné qu'une telle exception oblige à se demander à

Act to deal with issues that might reasonably arise signals a legislative intent that higher life forms are currently not patentable. This Court does not possess the institutional competence to deal with issues of this complexity, which presumably will require Parliament to engage in public debate, a balancing of competing social interests, and intricate legislative drafting.

(3) The Object of the Act

Although the *Patent Act* is designed to advance research and development and encourage broader economic activity, it simply does not follow from the objective of promoting ingenuity that all inventions must be patentable. A product of human ingenuity must fall within the terms of the Act in order for it to be patentable; the issue of whether a proposed invention ought to be patentable does not provide an answer to the question of whether that proposed invention is patentable. In any event, the manner in which Canada has administered its patent regime reveals that the promotion of ingenuity has at times been balanced against other considerations.

(4) Related Legislation: The *Plant Breeders' Rights Act*

The interpretation of an ambiguous law may be informed by the substance and the form of subsequent legislation. The *Plant Breeders' Rights Act* is of significance to the interpretation of the *Patent Act* and the issue of its applicability to higher life forms. Although Parliament enacted special legislation for the protection of plant breeders, it did not address other higher life forms. Moreover, the passage of the *Plant Breeders' Rights Act* demonstrates that mechanisms other than the *Patent Act* may be used to encourage inventors to undertake innovative activity in the field of biotechnology. Many of the issues that arose with respect to intellectual property protection for plant varieties also arise when considering the patentability of other higher life forms. If a special legislative scheme was needed to protect plant varieties, a subset of higher life forms, a similar scheme may also be necessary to deal with the patenting of higher life forms in general. It is beyond the competence of this Court to address in a comprehensive fashion the issues associated with the patentability of higher life forms.

la fois ce qui est humain et quelles formes de vie humaine devraient être exclues. L'absence, dans la loi actuelle, de directive sur la façon d'examiner des questions qui pourraient raisonnablement se poser indique l'intention du législateur de soustraire à la brevetabilité les formes de vie supérieures. Notre Cour n'a pas la compétence institutionnelle nécessaire pour examiner des questions aussi compliquées, qui obligeront vraisemblablement le législateur à engager un débat public, à soupeser des intérêts sociétaux opposés et à rédiger des dispositions législatives complexes.

(3) L'objet de la Loi

Bien que la *Loi sur les brevets* soit conçue pour favoriser la recherche et le développement et encourager l'activité économique en général, l'objectif de promouvoir l'ingéniosité n'exige tout simplement pas que toutes les inventions soient brevetables. Le fruit de l'ingéniosité humaine doit relever de la Loi pour être brevetable; la réponse à la question de savoir si une invention proposée devrait être brevetable ne règle pas celle de savoir si une invention proposée est brevetable. En tout état de cause, la façon dont le régime canadien de brevets est appliqué montre que la promotion de l'ingéniosité a parfois été soupesée en fonction d'autres considérations.

(4) Loi connexe : la *Loi sur la protection des obtentions végétales*

Pour interpréter une loi ambiguë, on peut invoquer le contenu ou la forme de lois connexes subséquentes. La *Loi sur la protection des obtentions végétales* revêt une certaine importance pour ce qui est d'interpréter la *Loi sur les brevets* et de décider si elle s'applique aux formes de vie supérieures. Bien qu'il ait adopté une loi particulière pour protéger les obtenteurs de variétés végétales, le législateur ne s'est pas intéressé aux autres formes de vie supérieures. En outre, l'adoption de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* démontre que d'autres mécanismes que la *Loi sur les brevets* peuvent servir à encourager des inventeurs à se livrer à des activités novatrices dans le domaine de la biotechnologie. Bon nombre des questions qui ont été soulevées au sujet de la protection en matière de propriété intellectuelle dont bénéficient les obtentions végétales se posent également lorsqu'il s'agit d'examiner la brevetabilité d'autres formes de vie supérieures. Si un régime législatif particulier était nécessaire pour assurer la protection des variétés végétales, lesquelles constituent un sous-ensemble de formes de vie supérieures, il se peut qu'un régime semblable soit aussi nécessaire pour régir la délivrance de brevets pour les formes de vie supérieures en général. Notre Cour n'est pas compétente pour procéder à un examen exhaustif des questions liées à la brevetabilité des formes de vie supérieures.

C. *Drawing the Line: Is it Defensible to Allow Patents on Lower Life Forms While Denying Patents on Higher Life Forms?*

The patentability of lower life forms is not at issue before this Court, and was in fact never litigated in Canada. The distinction between lower and higher life forms, though not explicit in the *Patent Act*, is nonetheless defensible on the basis of the common sense differences between the two. The non-patentability of human life is not explicit in the *Patent Act*. If the line between lower and higher life forms is indefensible and arbitrary, so too is the line between human beings and other higher life forms. It is now accepted in Canada that lower life forms are patentable but this does not necessarily lead to the conclusion that higher life forms are patentable, at least in part for the reasons that it is easier to conceptualize a lower life form as a "composition of matter" or "manufacture" than it is to conceptualize a higher life form in these terms.

Patentable micro-organisms are formed in such large numbers that any measurable quantity will possess uniform properties and characteristics. The same cannot be said for plants and animals. It is far easier to analogize a micro-organism to a chemical compound or another inanimate object than it is to analogize an animal to an inanimate object. Moreover, several important features possessed by animals distinguish them from both micro-organisms and plants and remove them even further from being considered a "composition of matter" or a "manufacture". Given the complexity of the issues involved, it is not the task of the Court to situate the line between higher and lower life forms. Also, the specific exception for plants and animals in trade agreements demonstrates that a distinction between higher and lower life forms is widely accepted as valid.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ. (dissenting): The oncomouse is patentable subject matter. The extraordinary scientific achievement of altering every single cell in the body of an animal which does not in this altered form exist in nature, by human modification of the genetic material of which it is composed, is an inventive "composition of matter" within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*.

C. *Où tracer la ligne de démarcation? Peut-on permettre la délivrance de brevets pour des formes de vie inférieures tout en refusant de le faire pour des formes de vie supérieures?*

La brevetabilité des formes de vie inférieures n'est pas en cause devant notre Cour et, en fait, n'a jamais été débattue devant les tribunaux canadiens. Bien qu'elle ne soit pas explicite dans la *Loi sur les brevets*, la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est néanmoins justifiable en raison des différences qui, d'après le bon sens, existent entre les deux. La non-brevetabilité de l'être humain n'est pas elle non plus explicite dans la *Loi sur les brevets*. Si la ligne de démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est injustifiable et arbitraire, il en sera de même de celle qui sépare les êtres humains des autres formes de vie supérieures. Il est maintenant accepté au Canada que les formes de vie inférieures sont brevetables. Cependant, cela n'amène pas nécessairement à conclure que les formes de vie supérieures le sont elles aussi, étant donné, à tout le moins, qu'il est plus facile de percevoir une forme de vie inférieure comme une « composition de matières » ou une « fabrication » que de percevoir ainsi une forme de vie supérieure.

Les micro-organismes brevetables sont produits en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes. On ne peut pas en dire autant des plantes et des animaux. Il est beaucoup plus facile d'assimiler un micro-organisme à un composé chimique ou à un autre objet inanimé que d'assimiler un animal à un objet inanimé. De plus, plusieurs caractéristiques importantes des animaux les distinguent à la fois des micro-organismes et des plantes et les soustraient encore plus à la possibilité de les considérer comme une « composition de matières » ou une « fabrication ». Eu égard à la complexité des questions en cause, il n'appartient pas à notre Cour de décider où tracer la ligne de démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures. De même, l'exception applicable aux plantes et aux animaux, prévue dans des accords commerciaux, démontre que la validité de la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est largement reconnue.

Le juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie et Arbour (dissidents) : L'oncosouris est un objet brevetable. La réalisation scientifique exceptionnelle qu'est la modification de toutes les cellules d'un animal qui n'existe pas sous cette forme dans la nature, que l'être humain parvient à effectuer en modifiant le matériel génétique qui compose l'animal, est une « composition de matières » ayant une valeur inventive, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*.

A. *Statutory Interpretation*

Once it is acknowledged, as does the majority of this Court, that the fertilized, genetically altered oncomouse egg is an invention under the *Patent Act*, there is no basis in the statutory text to conclude that the resulting oncomouse, that grows from the patented egg, is not itself patentable because it is not an invention. Since the respondent has fulfilled the other statutory criteria for an invention, it is entitled to the patent.

The context and scheme of the *Patent Act* reinforce the expansive sense of the words "composition of matter" to render the oncomouse patentable. The proper question is not whether Parliament intended to include "oncomice" or "higher life forms" or biotechnology generally in patent legislation, but whether Parliament intended to protect "inventions" that were not anticipated at the time of enactment of the *Patent Act*, or indeed, at any time before the claimed invention. While Parliament did not contemplate the oncomouse in 1869 when it enacted the definition of "invention", it did not contemplate moon rockets, antibiotics, telephones, e-mail or hand-held computers either.

The intent that can properly be attributed to Parliament, based on the language it used and the context of patent legislation generally, is that it considered it to be in the public interest to encourage new and useful inventions without knowing what such inventions would turn out to be and to that end inventors who disclosed their work should be rewarded for their ingenuity. The Commissioner of Patents was given no discretion to refuse a patent on the grounds of morality, public interest, public order, or any other ground if the statutory criteria are met.

B. *The International Context*

The mobility of capital and technology makes it desirable that comparable jurisdictions with comparable intellectual property legislation arrive at similar legal results. The expression "composition of matter" is found in the U.S. *Patent Act*, under which the oncomouse was patented in 1988. The oncomouse is also patented in jurisdictions that cover Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom. A similar patent has been issued in Japan. New Zealand has issued a patent for a transgenic mouse that has been genetically modified

A. *Interprétation de la Loi*

Dès qu'on reconnaît, comme le font les juges majoritaires de notre Cour, que l'œuf fécondé et génétiquement modifié de l'oncosouris est une invention au sens de la *Loi sur les brevets*, rien dans ce texte de loi ne justifie de conclure que l'oncosouris résultante, qui se développe à partir de l'œuf breveté, n'est pas brevetable en soi parce qu'elle n'est pas une invention. Étant donné que l'intimé a satisfait aux autres critères légaux qui doivent être respectés pour qu'il y ait invention, il a droit au brevet sollicité.

Le contexte et l'économie de la *Loi sur les brevets* appuient l'interprétation large de l'expression « composition de matières », qui est requise pour que l'oncosouris soit brevetable. Il ne s'agit pas de savoir si le législateur a voulu que les « oncosouris » ou les « formes de vie supérieures », ou encore la biotechnologie en général, soient visées par la loi sur les brevets, mais plutôt s'il a voulu protéger les « inventions » qui n'étaient pas prévues au moment de l'adoption de la *Loi sur les brevets* ou, en fait, à tout moment avant l'arrivée de l'invention visée par la demande de brevet. Le législateur n'a pas songé à l'oncosouris, en 1869, au moment où il a édicté la définition du mot « invention », mais il n'a pas prévu non plus l'existence des fusées lunaires, des antibiotiques, du téléphone, du courrier électronique et des ordinateurs de poche.

L'intention qui peut, à juste titre, être attribuée au législateur, compte tenu des termes qu'il a employés et du contexte de la loi sur les brevets en général, est qu'il a considéré qu'il était dans l'intérêt public d'encourager les inventions nouvelles et utiles, sans savoir quelle forme elles prendraient, et qu'il y aurait lieu, à cette fin, de récompenser l'ingéniosité des inventeurs qui divulgueraient leurs travaux. Le commissaire aux brevets n'a été investi d'aucun pouvoir discrétionnaire de refuser la délivrance d'un brevet pour des motifs de moralité, d'intérêt public et d'ordre public, ou pour tout autre motif, dans le cas où les critères légaux sont respectés.

B. *Le contexte international*

Compte tenu de la mobilité des capitaux et de la technologie, il est souhaitable que les ressorts comparables dotés d'une loi comparable en matière de propriété intellectuelle parviennent à des résultats juridiques similaires. On trouve l'expression « *composition of matter* » (« composition de matières ») dans la *Patent Act* américaine sous le régime de laquelle l'oncosouris a été brevetée en 1988. L'oncosouris est également brevetée, notamment, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en France, en Allemagne, en Grèce, en Irlande, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suède et au Royaume-Uni. Un brevet

to be susceptible to HIV infection. The Commissioner's approach to this case sounds a highly discordant note. The massive private sector investment in biotechnological research is exactly the sort of research and innovation that the *Patent Act* was intended to promote. Healthcare is the major beneficiary of biotechnology. At the same time, vast amounts of money must be found to finance biomedical research. The *Patent Act* embodies the public policy that those who directly benefit from an invention should be asked, through the patent system, to pay for it, at least in part.

C. *The Line-Drawing Exercise*

The Commissioner is unable to show any statutory authority for drawing a line between those life forms that he acknowledges to be patentable and those he rejects. "Composition of matter" is an open-ended expression and is not confined to inanimate matter. While as a matter of law there can be no patent on a human being, the *Patent Act* does not distinguish, in its definition of "invention", between "lower" and "higher" life forms. None of the proposed dividing lines between "lower" and "higher" life forms arise from the text of the *Patent Act*. Whether to carve out a subject-matter exception for "higher life forms", and how "higher life form" is to be defined, is a policy matter for Parliament.

As to the contention that growth from a single fertilized cell to the complete mouse has nothing to do with the inventors and everything to do with the "laws of nature", it must be said that the "laws of nature" are an essential part of the working of many and probably most patented inventions. Pharmaceutical drugs utilize the normal bodily processes and functions of animals and humans and are not on that account regarded as less patentable. Medications, like the oncomouse, could not be brought into existence without reliance on the "laws of nature" in general and the processes of biochemistry in particular.

D. *The Plant Breeders' Rights Act*

The adoption of the *Plant Breeders' Rights Act* in 1990 does not mean that the subject matter of patents excludes

semblable a été délivré au Japon. La Nouvelle-Zélande a accordé un brevet pour une souris transgénique vulnérable à l'infection par le VIH. L'approche adoptée par le commissaire en l'espèce sonne faux. La recherche biotechnologique de grande envergure financée par le secteur privé est exactement le genre de recherche et d'innovation que vise à promouvoir la *Loi sur les brevets*. Le secteur des soins de santé est le principal bénéficiaire de la biotechnologie. En même temps, le financement de la recherche biomédicale requiert des sommes considérables. La *Loi sur les brevets* reflète qu'il est dans l'intérêt public de recourir au système des brevets pour obliger ceux qui bénéficient directement d'une invention à acquitter au moins une partie de son coût.

C. *L'établissement d'une ligne de démarcation*

Le commissaire est incapable de démontrer l'existence de quelque disposition législative permettant de tracer une ligne de démarcation entre les formes de vie qu'il juge brevetables et celles qu'il juge non brevetables. L'expression « composition de matières » se prête à diverses interprétations et n'est pas expressément limitée à la matière inanimée. Bien qu'un être humain ne soit pas brevetable en droit, la *Loi sur les brevets* n'établit aucune distinction entre les formes de vie « inférieures » et les formes de vie « supérieures » dans la définition qu'elle donne du mot « invention ». Aucune des lignes de démarcation proposées entre les formes de vie « inférieures » et les formes de vie « supérieures » ne ressort du texte de la *Loi sur les brevets*. La question de savoir s'il y a lieu d'énoncer une exception applicable aux « formes de vie supérieures » — en ce qui concerne les objets brevetables —, et comment définir les formes de vie supérieures, est une question de politique générale qui relève du législateur.

En ce qui concerne l'argument voulant que la transformation de la cellule unique fécondée en une souris complète n'ait rien à voir avec l'inventeur, mais dépende entièrement des « lois de la nature », il faut dire que les « lois de la nature » sont un élément essentiel du fonctionnement de maintes inventions brevetées et probablement de la plupart de celles-ci. Les médicaments pharmaceutiques font appel aux fonctions et aux processus corporels normaux des animaux et des êtres humains et ne sont pas pour autant moins brevetables. L'existence des médicaments, comme celle de l'oncosouris, n'aurait pas été possible sans le recours aux « lois de la nature » en général et aux procédés de la biochimie en particulier.

D. *La Loi sur la protection des obtentions végétales*

L'adoption de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* en 1990 ne signifie pas que les plantes

plants and, by extension, other "higher" life forms such as seeds and animals. The rights available under the *Plant Breeders' Rights Act* fall well short of those conferred by patent, both in comprehensiveness and duration. In addition, the *Patent Act* language reaches back prior to Confederation. There was no repeal by implication in 1990 since it cannot be said that the two Acts are inconsistent.

E. *Other Objections*

As to the lack of a regulatory framework for "higher life form" inventions, there are as many areas of potential regulation as there are areas of invention. These regulatory regimes cannot and should not all be put under the inadequate umbrella of the *Patent Act*. It is normal that regulation follows, rather than precedes, the invention.

The scientific accomplishment manifested in the oncomouse is profound and far-reaching. Every cell in the animal's body has been altered in a way that is highly important to scientific research. While the oncomouse is deliberately designed to grow painful malignant tumours, animals will continue to be used in laboratories for scientific research whether patented or not. With respect to the commodification of human life, the patentability of humans is precluded by law and the broadest claim here specifically excepts humans from the scope of transgenic mammals. Environmental concerns which include the diversity of the gene pool and the potential escape of genetically modified organisms into the environment are serious. They have little to do, however, with the patent system. The *Patent Act* has always had the modest and focussed objective of encouraging the disclosure of the fruit of human inventiveness in exchange for the statutory rewards. The balance between the other competing policy considerations is for Parliament to strike.

F. *The Court's Moratorium*

Neither the Commissioner of Patents nor the courts have the authority to declare a moratorium on "higher" life patents until Parliament chooses to act.

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Lawson v. Commissioner*

ne peuvent pas être brevetées et que, partant, les autres formes de vie « supérieures » comme les graines et les animaux ne peuvent pas l'être non plus. Sur le plan de la portée générale et de la durée, les droits offerts par la *Loi sur la protection des obtentions végétales* sont bien loin de correspondre à ceux conférés par un brevet. De surcroît, le libellé de la *Loi sur les brevets* date d'avant la Confédération. Il n'y a pas eu d'abrogation implicite en 1990, étant donné qu'on ne peut pas dire que les deux lois sont incompatibles.

E. *Autres objections*

Quant à l'absence de la réglementation applicable à l'invention de « formes de vie supérieures », les domaines de réglementation éventuelle sont aussi nombreux que les domaines d'invention. Ces régimes de réglementation ne peuvent et ne doivent pas tous se situer dans le cadre inadéquat de la *Loi sur les brevets*. La réglementation suit normalement l'invention au lieu de la précéder.

L'oncosouris est une réalisation scientifique majeure et d'une très grande portée. Chaque cellule du corps de l'animal a subi une modification d'une très grande importance pour la recherche scientifique. Bien que l'oncosouris ait été délibérément conçue de manière à développer des tumeurs malignes douloureuses, des animaux, brevetés ou non brevetés, continueront d'être utilisés en laboratoire pour la recherche scientifique. En ce qui concerne le fait de considérer la vie humaine comme une marchandise, la loi interdit la délivrance de brevets pour l'être humain et, dans la revendication la plus générale, les êtres humains sont exclus des mammifères transgéniques. Les préoccupations relatives à l'environnement — qui comprennent la diversité du fonds génétique et le risque que des organismes génétiquement modifiés s'échappent dans l'environnement — sont graves. Cependant, elles ont peu à voir avec le système de brevets. La *Loi sur les brevets* a toujours eu pour objectif modeste et bien défini d'encourager la divulgation des fruits de l'inventivité humaine en contrepartie des récompenses qui y sont prévues. Il appartient au législateur d'établir un équilibre entre les autres considérations de politique générale opposées.

F. *Le moratoire judiciaire*

Ni le commissaire aux brevets ni les tribunaux n'ont le pouvoir de décréter un moratoire sur la délivrance de brevets pour des formes de vie « supérieures » avant que le législateur décide d'agir.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; *Lawson*

of Patents (1970), 62 C.P.R. 101; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, aff'g [1987] 3 F.C. 8, aff'g (1986), 11 C.P.R. (3d) 311 (*sub nom. Re Application for Patent of Pioneer Hi-Bred Ltd.*); *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Al-Mehdawi*, [1989] 1 All E.R. 777; *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Hornblower v. Boulton* (1799), 8 T.R. 95, 101 E.R. 1285; *Micro Chemicals Ltd. v. Smith Kline & French Inter-American Corp.*, [1972] S.C.R. 506; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *In re Bergy, Coats, and Malik*, 195 U.S.P.Q. 344 (1977).

By Binnie J. (dissenting)

Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Co. (Canada) Ltd.*, [1942] S.C.R. 187; *Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.*, [1968] S.C.R. 307; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, aff'g [1987] 3 F.C. 8; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21; *Re Application for Patent of Connaught Laboratories* (1982), 82 C.P.R. (2d) 32; *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980); *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2003] 2 F.C. 165, 2002 FCA 309; *Somerset v. Stewart* (1772), Lofft 1, 98 E.R. 499; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Hinks & Son v. Safety Lighting Co.* (1876), 4 Ch. D. 607; *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 122 S. Ct. 593 (2001); *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77; *Grant of European patent No. 0 169 672 (Onco-mouse/Harvard)* (1992), OJ EPO 1992, 588.

c. Commissioner of Patents (1970), 62 C.P.R. 101; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, conf. [1987] 3 C.F. 8, conf. (1986), 11 C.P.R. (3d) 311 (*sub nom. Re Application for Patent of Pioneer Hi-Bred Ltd.*); *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Al-Mehdawi*, [1989] 1 All E.R. 777; *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hornblower c. Boulton* (1799), 8 T.R. 95, 101 E.R. 1285; *Micro Chemicals Ltd. c. Smith Kline & French Inter-American Corp.*, [1972] R.C.S. 506; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *In re Bergy, Coats, and Malik*, 195 U.S.P.Q. 344 (1977).

Citée par le juge Binnie (dissident)

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *Continental Soya Co. c. J. R. Short Milling Co. (Canada) Ltd.*, [1942] R.C.S. 187; *Laboratoire Pentagone Ltée c. Parke, Davis & Co.*, [1968] R.C.S 307; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, conf. [1987] 3 C.F. 8; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81; *General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21; *Re Application for Patent of Connaught Laboratories* (1982), 82 C.P.R. (2d) 32; *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980); *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2003] 2 C.F. 165, 2002 CAF 309; *Somerset c. Stewart* (1772), Lofft 1, 98 E.R. 499; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Hinks & Son c. Safety Lighting Co.* (1876), 4 Ch. D. 607; *J.E.M. Ag Supply, Inc. c. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 122 S. Ct. 593 (2001); *Commissioner of Patents c. Winthrop Chemical Co.*, [1948] R.C.S. 46; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77; *Délivrance du brevet européen 0 169 672 (Souris oncogène/Harvard)* (1992), JO OEB 1992, 588.

Statutes and Regulations Cited

Act to Encourage the Progress of Useful Arts within this Province, 7 Geo. 4, c. 5 (U.C.).

Act to promote the progress of useful Arts, and to repeal the act heretofore made for that purpose, U.S. 2nd Congress, Sess. II, c. 11 (1793).

Act to promote the progress of useful Arts in this Province, 4 Geo. 4, c. 25 (L.C.).

Act respecting Patents of Invention, S.C. 1869, c. 11, s. 6.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), art. 27(2).

Assisted Human Reproduction Act, Bill C-56 (1st reading), 1st Sess., 37th Parl.

Berlin Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, November 13, 1908.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, September 9, 1886.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15.

Canadian Environmental Protection Act, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.).

Constitution Act, 1867, s. 91(22).

Convention for the Creation of an International Union for the Protection of Industrial Property, March 20, 1883.

Convention on the Grant of European Patents, October 5, 1973, art. 53(*a*).

Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, art. 5(1), (2), 6.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1709(2).

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 [am. 1993, c. 2, s. 2], "invention", 27(1) [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 8; rep. & sub. 1993, c. 15, s. 31], 27(3) [rep. & sub. 1993, c.15, s. 31; *idem*, c. 44, s. 192], 40, 44 [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 16] (now s. 42).

Plant Breeders' Rights Act, S.C. 1990, c. 20.

Rome Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, June 2, 1928.

Statute of Monopolies, 21 Ja. 1, c. 3, s. 6.

Universal Copyright Convention, September 6, 1952.

Authors Cited

Arthur, Charles. "The onco-mouse that didn't roar" (1993), 138 *New Scientist* 4.

Lois et règlements cités

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2, art. 1709(2).

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), art. 27(2).

Act to Encourage the Progress of Useful Arts within this Province, 7 Geo. 4, ch. 5 (H.-C.).

Act to promote the progress of useful Arts, and to repeal the act heretofore made for that purpose, U.S. 2nd Congress, Sess. II, ch. 11 (1793).

Acte concernant les Brevets d'Invention, S.C. 1869, ch. 11, art. 6.

Acte pour encourager les progrès des Arts utiles en cette Province, 4 Geo. 4, ch. 25 (B.-C.).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15.

Convention de Berlin pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 13 novembre 1908.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.

Convention de Rome pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 2 juin 1928.

Convention internationale portant création d'une Union internationale pour la protection de la Propriété industrielle, 20 mars 1883.

Convention sur la délivrance de brevets européens, 5 octobre 1973, art. 53a).

Convention universelle sur le droit d'auteur, 6 septembre 1952.

Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, art. 5(1), (2), 6.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1985, ch. 16 (4^{e} suppl.).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(22).

Loi sur la procréation assistée, projet de loi C-56 (1re lecture), 1re sess., 37^{e} lég.

Loi sur la protection des obtentions végétales, L.C. 1990, ch. 20.

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 [mod. 1993, ch. 2, art. 2], « invention », 27(1) [abr. & rempl. ch. 33 (3^{e} suppl.), art. 8; abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 31], 27(3) [abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 31; *idem*, ch. 44, art. 192], 40, 44 [abr. & rempl. ch. 33 (3^{e} suppl.), art. 16] (maintenant l'art. 42).

Statute of Monopolies, 21 Ja. 1, ch. 3, art. 6.

Doctrine citée

Arthur, Charles. « The onco-mouse that didn't roar » (1993), 138 *New Scientist* 4.

Bishop, John. *Transgenic Mammals*. Harlow, England: Longman, 1999.

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978, "Tay-Sachs disease".

Canada. Canadian Food Inspection Agency. *10-Year Review of Canada's Plant Breeders' Rights Act*. Ottawa: Canadian Food Inspection Agency, 2002.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 9, 2002, p. 11415.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act Respecting Plant Breeders' Rights*, Issue No. 1, October 11, 1989, p. 1:15.

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*. Ottawa: Minister of Government Service Canada, 1993.

Canada. Statistics Canada. Science, Innovation and Electronic Information Division. *Biotechnology Use and Development — 1999* by Chuck McNiven. Ottawa: Statistics Canada, March 2001.

Canada. Canadian Biotechnology Strategy Secretariat. *The 1998 Canadian Biotechnology Strategy: An Ongoing Renewal Process*. Ottawa: Industry Canada, 1998.

Canadian Biotechnology Advisory Committee. *Biotechnology and Intellectual Property: Patenting of Higher Life Forms and Related Issues*. Interim Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, November 2001.

Canadian Biotechnology Advisory Committee. *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues*. Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, June 2002.

Caulfield, Timothy A. "Underwhelmed: Hyperbole, Regulatory Policy, and the Genetic Revolution" (2000), 45 *McGill L.J.* 437.

Chong, Stephanie. "The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms" (1993), 10 *C.I.P.R.* 189.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Derzko, Nathalie M. "Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad: What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them?" (1994), 39 *McGill L.J.* 144.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Ernst & Young's Seventh Annual European Life Sciences Report 2000. London: Becket House, 2000.

Bishop, John. *Transgenic Mammals*. Harlow, England : Longman, 1999.

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1978, « Tay-Sachs disease ».

Canada. Agence canadienne d'inspection des aliments. *Révision décennale de la Loi sur la protection des obtentions végétales du Canada*. Ottawa : Agence canadienne d'inspection des aliments, 2002.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1re sess., 37e lég., 9 mai 2002, p. 11415.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi concernant la protection des obtentions végétales*, fascicule nº 1, 11 octobre, 1989, p. 1:15.

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*. Ottawa : Ministre des Services gouvernementaux du Canada, 1993.

Canada. Secrétariat de la stratégie canadienne en matière de biotechnologie. *La stratégie canadienne en matière de biotechnologie (1998) : Un processus de renouvellement permanent*. Ottawa : Industrie Canada, 1998.

Canada. Statistique Canada. Division des sciences, de l'innovation et de l'information électronique. *L'utilisation et le développement de la biotechnologie — 1999* par Chuck McNiven. Ottawa : Statistique Canada, mars 2001.

Caulfield, Timothy A. « Underwhelmed : Hyperbole, Regulatory Policy, and the Genetic Revolution » (2000), 45 *R.D. McGill* 437.

Chong, Stephanie. « The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms » (1993), 10 *R.C.P.I.* 189.

Comité consultatif canadien de la biotechnologie. *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*. Ottawa : Comité consultatif canadien de la biotechnologie, juin 2002.

Comité consultatif canadien de la biotechnologie. *La biotechnologie et la propriété intellectuelle : La brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes*. Rapport provisoire adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie, gouvernement du Canada. Ottawa : Le Comité, novembre 2001.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Derzko, Nathalie M. « Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad : What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them? » (1994), 39 *R.D. McGill* 144.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Florencio, Patrik S. "Genetics, Parenting, and Children's Rights in the Twenty-First Century" (2000), 45 *McGill L.J.* 527.

Godson, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions, and of Copyright in Literature, the Drama, Music, Engraving and Sculpture, and also in Ornamental and Useful Designs for the Purposes of Sale and Exhibition*, 2nd ed. London: William Benning, 1851.

Gold, E. Richard. "Biomedical Patents and Ethics: A Canadian Solution" (2000), 45 *McGill L.J.* 413.

Gold, E. Richard. *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials.* Washington: Georgetown University Press, 1996.

Gold, E. Richard. "Making Room: Reintegrating Basic Research, Health Policy, and Ethics Into Patent Law". In Timothy A. Caulfield and Bryn Williams-Jones, eds., *The Commercialization of Genetic Research: Ethical, Legal, and Policy Issues.* New York: Klumer Academic, 1999, 63.

Grand Robert de la langue française, 2e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, "*composition*", "*fabrication*", "*matière*".

Hayhurst, William L. "Exclusive Rights in Relation to Living Things" (1991), 6 *I.P.J.* 171.

Heller, Michael A., and Rebecca S. Eisenberg. "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research" (1998), 280 *Science* 698.

Knoppers, Bartha Maria. "Reflections: The Challenge of Biotechnology and Public Policy" (2000), 45 *McGill L.J.* 559.

Mooney, Pat Roy. *The Impetus for and Potential of Alternative Mechanisms for the Protection of Biotechnological Innovations.* Prepared for the Canadian Biotechnology Advisory Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, March 2001.

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "grey matter".

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "composition", "manufacture", "matter".

Rudolph, John R. *A Study of Issues Relating to the Patentability of Biotechnological Subject Matter.* Ottawa: Industry Canada, 1996.

Schrecker, Ted, et al. *Ethical Issues Associated with the Patenting of Higher Life Forms.* Ottawa: Industry Canada, 1997.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks.* Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

Ernst & Young's Seventh Annual European Life Sciences Report 2000. London : Becket House, 2000.

Florencio, Patrik S. « Genetics, Parenting, and Children's Rights in the Twenty-First Century » (2000), 45 *R.D. McGill* 527.

Godson, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions, and of Copyright in Literature, the Drama, Music, Engraving and Sculpture, and also in Ornamental and Useful Designs for the Purposes of Sale and Exhibition*, 2nd ed. London : William Benning, 1851.

Gold, E. Richard. « Biomedical Patents and Ethics : A Canadian Solution » (2000), 45 *R.D. McGill* 413.

Gold, E. Richard. *Body Parts : Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials.* Washington : Georgetown University Press, 1996.

Gold, E. Richard. « Making Room : Reintegrating Basic Research, Health Policy, and Ethics Into Patent Law ». In Timothy A. Caulfield and Bryn Williams-Jones, eds., *The Commercialization of Genetic Research : Ethical, Legal, and Policy Issues.* New York : Klumer Academic, 1999, 63.

Grand Robert de la langue française, 2e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « composition », « fabrication », « matière ».

Hayhurst, William L. « Exclusive Rights in Relation to Living Things » (1991), 6 *I.P.J.* 171.

Heller, Michael A., and Rebecca S. Eisenberg. « Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research » (1998), 280 *Science* 698.

Knoppers, Bartha Maria. « Reflections : The Challenge of Biotechnology and Public Policy » (2000), 45 *R.D. McGill* 559.

Mooney, Pat Roy. *The Impetus for and Potential of Alternative Mechanisms for the Protection of Biotechnological Innovations.* Prepared for the Canadian Biotechnology Advisory Committee. Ottawa : Comité consultatif canadien de la biotechnologie, mars 2001.

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « *grey matter* ».

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « *composition* », « *manufacture* », « *matter* ».

Rudolph, John R. *Étude des questions relatives à la brevetabilité de la matière des biotechnologies.* Ottawa : Industrie Canada, 1996.

Schrecker, Ted, et autres. *Les questions éthiques liées à l'octroi de brevets relatifs à des formes de vie supérieures.* Ottawa : Industrie Canada, 1996.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks.* Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 4 F.C. 528, 189 D.L.R. (4th) 385, 7 C.P.R. (4th) 1, [2000] F.C.J. No. 1213 (QL), reversing a decision of the Trial Division, [1998] 3 F.C. 510, 146 F.T.R. 279, 79 C.P.R. (3d) 98, [1998] F.C.J. No. 500 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting.

Graham R. Garton, Q.C., and *Frederick B. Woyiwada*, for the appellant.

A. David Morrow, Steven B. Garland, and *Colin B. Ingram*, for the respondent.

William J. Sammon, for the interveners Canadian Council of Churches and Evangelical Fellowship of Canada.

Michelle Swenarchuk, Theresa McClenaghan, and *Paul Muldoon*, for the interveners Canadian Environmental Law Association, Greenpeace Canada, Canadian Association of Physicians for the Environment, Action Group on Erosion, Technology and Concentration, and Canadian Institute for Environmental Law and Policy.

Written submissions only by *Jerry V. DeMarco* for the intervener Sierra Club of Canada.

Written submissions only by *Clayton C. Ruby* and *Lesli Bisgould* for the interveners Animal Alliance of Canada, International Fund for Animal Welfare Inc. and Zoocheck Canada Inc.

The reasons of McLachlin C.J. and Major, Binnie and Arbour JJ. were delivered by

1 BINNIE J. (dissenting) — The biotechnology revolution in the 50 years since discovery of the structure of DNA has been fuelled by extraordinary human ingenuity and financed in significant part by private investment. Like most revolutions, it has wide ramifications, and presents potential and serious dangers as well as past and future benefits. In this appeal, however, we are only dealing with a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 4 C.F. 528, 189 D.L.R. (4th) 385, 7 C.P.R. (4th) 1, [2000] A.C.F. n° 1213 (QL), infirmant une décision de la Section de première instance, [1998] 3 C.F. 510, 146 F.T.R. 279, 79 C.P.R. (3d) 98, [1998] A.C.F. n° 500 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie et Arbour sont dissidents.

Graham R. Garton, c.r., et *Frederick B. Woyiwada*, pour l'appelant.

A. David Morrow, Steven B. Garland et *Colin B. Ingram*, pour l'intimé.

William J. Sammon, pour les intervenants le Conseil canadien des Églises et l'Alliance évangélique du Canada.

Michelle Swenarchuk, Theresa McClenaghan et *Paul Muldoon*, pour les intervenants l'Association canadienne du droit de l'environnement, Greenpeace Canada, l'Association canadienne des médecins pour l'environnement, Action Group on Erosion, Technology and Concentration et l'Institut canadien du droit et de la politique de l'environnement.

Argumentation écrite seulement par *Jerry V. DeMarco*, pour l'intervenant Sierra Club du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Clayton C. Ruby* et *Lesli Bisgould*, pour les intervenants l'Alliance animale du Canada, le Fonds international pour la protection des animaux inc. et Zoocheck Canada Inc.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie et Arbour rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Au cours des 50 années qui ont suivi la découverte de la structure de l'ADN, la révolution biotechnologique a bénéficié de l'extraordinaire ingéniosité humaine et d'un financement assuré, dans une large mesure, par le secteur privé. Comme la plupart des révolutions, elle a une incidence considérable et, outre les avantages qu'elle a procurés ou qu'elle procurera, elle

small corner of the biotechnology controversy. We are asked to determine whether the oncomouse, a genetically modified rodent with heightened genetic susceptibility to cancer, is an invention. The legal issue is a narrow one and does not provide a proper platform on which to engage in a debate over animal rights, or religion, or the arrogance of the human race.

comporte de graves risques. En l'espèce, toutefois, nous ne sommes saisis que d'un aspect infime de la controverse suscitée par la biotechnologie. Nous sommes appelés à décider si l'oncosouris, un rongeur génétiquement modifié pour accroître sa prédisposition au cancer, est une invention. La question de droit est limitée et ne constitue pas un bon point de départ pour débattre les droits des animaux, la religion ou l'arrogance de la race humaine.

The oncomouse has been held patentable, and is now patented in jurisdictions that cover Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Portugal, Spain, Sweden, the United Kingdom and the United States. A similar patent has been issued in Japan. New Zealand has issued a patent for a transgenic mouse that has been genetically modified to be susceptible to HIV infection. Indeed, we were not told of any country with a patent system comparable to Canada's (or otherwise) in which a patent on the oncomouse had been applied for and been refused.

2 L'oncosouris a été jugée brevetable et est maintenant brevetée, notamment, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en France, en Allemagne, en Grèce, en Irlande, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne, en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Un brevet semblable a été délivré au Japon. La Nouvelle-Zélande a accordé un brevet pour une souris transgénique vulnérable à l'infection par le VIH. En fait, personne n'est venu nous raconter qu'une demande de brevet pour l'oncosouris avait été rejetée dans un autre pays doté d'un système de brevets comparable au nôtre où à celui d'un autre pays.

If Canada is to stand apart from jurisdictions with which we usually invite comparison on an issue so fundamental to intellectual property law as what constitutes an "invention", the respondent, successful everywhere but in Canada, might expect to see something unique in our legislation. However, one looks in vain for a difference in definition to fuel the Commissioner's contention that, *as a matter of statutory interpretation*, the oncomouse is not an invention. The truth is that our legislation is not unique. The Canadian definition of what constitutes an invention, initially adopted in pre-Confederation statutes, was essentially taken from the United States *Patent Act* of 1793, a definition generally attributed to Thomas Jefferson. The United States patent on the oncomouse was issued 14 years ago. My colleague, Bastarache J., acknowledges that the fertilized, genetically altered oncomouse *egg* is an invention under our *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4 (para. 162). Thereafter, we part company, because my colleague goes on to conclude that the resulting *oncomouse*, that grows from the patented egg, is not itself patentable because it is not an invention. Subject matter patentability, on this view, is

3 Si le Canada doit se démarquer des autres pays avec lesquels nous invitons habituellement à faire la comparaison relativement à une question aussi fondamentale, en droit de la propriété intellectuelle, que celle de savoir ce qui constitue une « invention », l'intimé, qui a obtenu gain de cause partout sauf au Canada, pourrait s'attendre à découvrir quelque chose d'exceptionnel dans notre loi. Cependant, c'est en vain qu'on cherche dans la définition une différence qui justifierait l'affirmation du commissaire selon laquelle, *sur le plan de l'interprétation de la Loi*, l'oncosouris n'est pas une invention. En vérité, notre loi n'a rien d'exceptionnel. Au Canada, la définition de ce qui constitue une invention, adoptée au départ dans les lois antérieures à la Confédération, s'inspirait essentiellement de la définition contenue dans la *Patent Act* de 1793 des États-Unis, que l'on attribue généralement à Thomas Jefferson. Le brevet américain pour l'oncosouris a été délivré il y a 14 ans. Mon collègue le juge Bastarache reconnaît, que l'*œuf* fécondé et génétiquement modifié de l'oncosouris est une invention au sens de notre *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4 (par. 162).

lost between two successive stages of a transgenic mouse's genetically pre-programmed growth. In my opinion, with respect, such a "disappearing subject-matter" exception finds no support in the statutory language.

Il conclut ensuite — et c'est là que nos opinions divergent — que l'*oncosouris* résultante, qui se développe à partir de l'œuf breveté, n'est pas brevetable en soi parce qu'elle n'est pas une invention. Selon ce point de vue, la brevetabilité disparaît entre deux phases successives de la croissance génétiquement programmée à l'avance d'une souris transgénique. À mon avis, une telle exception de « l'objet brevetable qui disparaît » n'est aucunement étayée par le texte de la Loi.

4 A patent, of course, does not give its holder a licence to practise the invention free of regulatory control (any more than an *un*patented invention enjoys such immunity). On the contrary, the grant of a patent simply reflects the public interest in promoting the disclosure of advancements in learning by rewarding human ingenuity. Innovation is said to be the lifeblood of a modern economy. We neglect rewarding it at our peril. Having disclosed to the public the secrets of how to make or use the invention, the inventor can prevent *unauthorized* people for a limited time from taking a "free ride" in exploiting the information thus disclosed. At the same time, persons skilled in the art of the patent are helped to further advance the frontiers of knowledge by standing on the shoulders of those who have gone before.

Il va sans dire que le brevet n'autorise pas son titulaire à exploiter l'invention indépendamment de toute réglementation (pas plus qu'une invention *non* brevetée ne bénéficie d'une telle immunité). Au contraire, la délivrance d'un brevet démontre simplement qu'il est conforme à l'intérêt public de promouvoir la divulgation des progrès de la science en récompensant l'ingéniosité humaine. L'innovation est, dit-on, l'élément vital de l'économie moderne. L'omission de la récompenser n'est pas sans comporter des risques. Dès qu'il rend publics les secrets de la fabrication ou de l'utilisation de son invention, l'inventeur peut, pendant un certain temps, empêcher les personnes *non autorisées* d'exploiter gratuitement l'information ainsi divulguée. En même temps, la divulgation de l'information aide les personnes versées dans l'art dont relève l'invention brevetée à se servir de l'expérience d'autrui pour repousser plus loin les frontières du savoir.

5 The issues being thus identified, I think the majority decision of the Federal Court of Appeal was correct. The appeal should be dismissed.

Les questions en litige étant ainsi formulées, je crois que l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale était correct et que, par conséquent, le pourvoi devrait être rejeté.

A. Statutory Interpretation

A. L'interprétation de la Loi

6 The issue, in the words of s. 2 of the *Patent Act*, is whether the oncomouse that has been produced by a combination of genetic engineering and natural gestation is a "composition of matter" that is new, unobvious and useful. If it is, then the President and Fellows of Harvard University, who funded the research, are entitled to a patent. My colleague, Bastarache J., writes of the oncomouse as follows (at para. 163):

Pour reprendre les termes de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, la question est de savoir si l'oncosouris, obtenue grâce à des manipulations génétiques et au processus de gestation naturelle, est une « composition de matières » nouvelle, non évidente et utile. Dans l'affirmative, l'organisme qui a financé la recherche, President and Fellows of Harvard University, a droit à un brevet. Mon collègue le juge Bastarache écrit ce qui suit au sujet de l'oncosouris, au par. 163 :

The fact that it has this predisposition to cancer that makes it valuable to humans does not mean that the mouse, along with other animal life forms, can be defined solely with reference to the genetic matter of which it is composed. [Emphasis added.]

Le fait que la valeur de la souris pour l'être humain découle de sa prédisposition au cancer ne signifie pas pour autant qu'il est possible de définir cette souris et d'autres formes de vie animale uniquement en fonction du matériel génétique qui les compose. [Je souligne.]

While acknowledging, therefore, that the oncomouse is a "composition of [genetic] matter", my colleague's contention is that the oncomouse is a "composition of [genetic] matter" *plus* something else, undefined. The respondent, however, does not claim to have invented the "plus". Its sole claim is to have modified what my colleague describes as the "genetic matter of which [the oncomouse] is composed", as described in the disclosure portion of the patent application:

7

Par conséquent, bien qu'il reconnaisse que l'oncosouris est une « composition de matières [génétiques] », mon collègue estime que l'oncosouris est une « composition de matières [génétiques] » et de quelque chose *de plus* qui n'est pas déterminé. Toutefois, l'intimé ne prétend pas avoir inventé ce quelque chose « de plus ». Il soutient uniquement avoir modifié ce que mon collègue décrit comme étant le « matériel génétique qui [. . .] compose [l'oncosouris] », de la manière divulguée dans le brevet :

(i) the desired oncogene is obtained from the genetic code of a non-mammal source, such as a virus;

(i) L'oncogène souhaité est tiré du code génétique d'une source non mammifère telle un virus.

(ii) a vehicle for transporting the oncogene into the mammal's chromosomes is constructed using a small piece of circular bacterial DNA referred to as a plasmid; the plasmid is chemically cut and the oncogene is chemically "spliced" into the plasmid;

(ii) Un vecteur pour le transport de l'oncogène dans les chromosomes du mammifère est construit à l'aide d'un petit fragment d'ADN circulaire d'une bactérie, appelé plasmide. Le plasmide est coupé chimiquement et l'oncogène y est introduit chimiquement.

(iii) the plasmid containing the oncogene is then mechanically injected into fertilized eggs at a site called the male pronucleus;

(iii) Le plasmide contenant l'oncogène est ensuite injecté mécaniquement dans des œufs fécondés à un site appelé pronoyau de la cellule sexuelle mâle.

(iv) the eggs are then implanted in a host mammal or "foster mother";

(iv) Les œufs sont alors implantés dans un mammifère femelle hôte, ou « mère porteuse ».

(v) the eggs are permitted to develop and the offspring are delivered by the foster mother;

(v) Les œufs se développent, puis la mère porteuse met bas.

(vi) after delivery, the offspring are tested for the presence of the oncogene; the offspring that contain the oncogene are called "founder" animals;

(vi) Après la mise bas, on vérifie si l'oncogène est présent chez les petits; ceux qui sont porteurs de l'oncogène sont appelés animaux « fondateurs ».

(vii) founder animals are subsequently mated with ordinary animals and the offspring are again tested for the presence of the oncogene before the offspring are used in research.

(vii) Les animaux fondateurs sont ensuite accouplés avec des animaux ordinaires. Là encore, on vérifie si l'oncogène est présent chez les petits avant de les utiliser pour la recherche.

8 As will be explained more fully below, I believe that the extraordinary scientific achievement of altering every single cell in the body of an animal which does not in this altered form exist in nature, by human modification of "the genetic material of which it is composed", is an inventive "composition of matter" within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*.

9 The position taken by the Commissioner of Patents is, I think, curious. While expressly acknowledging that the oncomouse is new, useful and non-obvious, and therefore meets the usual statutory criteria, the Commissioner of Patents denies that "higher life forms" fall within the *subject matter* contemplated by Parliament as patentable. He says, at para. 51 of his factum:

> In 1869, when Parliament first made provision for the patenting of "any new and useful . . . manufacture, or composition of matter", genetic engineering was unheard of. Thus, Parliament could not at the time of enactment have *intended* that higher life forms would come within the meaning of those words. [Emphasis added.]

10 It is true, of course, that in 1869, when the post-Confederation patent act was passed, Parliament did not contemplate genetically engineered "higher life forms" (*Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1869, c. 11). Parliament in 1869 did not contemplate genetically engineered "*lower* life forms" either, although in recent years Canadian patents have regularly been issued for such inventions. (My colleague, Bastarache J., at para. 201, affirms that "lower life" forms will continue to be patentable.) Nor did Parliament in 1869 contemplate moon rockets, antibiotics, telephones, e-mail or hand-held computers. The proper question is not whether Parliament intended to include "oncomice" or "higher life forms" or biotechnology generally in patent legislation, but whether Parliament intended to protect "inventions" that were not anticipated at the time of enactment of the *Patent Act*, or indeed, at any time before the claimed invention.

Comme je l'expliquerai davantage plus loin, je crois que la réalisation scientifique exceptionnelle qu'est la modification de toutes les cellules d'un animal qui n'existe pas sous cette forme dans la nature, que l'être humain parvient à effectuer en modifiant le « matériel génétique qui [. . .] compose » l'animal, est une « composition de matières » ayant une valeur inventive, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*.

Je juge étrange le point de vue adopté par le commissaire aux brevets. Tout en reconnaissant expressément que l'oncosouris est nouvelle, utile et non évidente et qu'elle satisfait ainsi aux critères légaux habituels, il affirme que les « formes de vie supérieures » ne figurent pas parmi les *objets* que le législateur considérait comme étant brevetables. Voici ce qu'il dit, au par. 51 de son mémoire :

> [TRADUCTION] Au moment où, en 1869, le législateur a prévu pour la première fois que « quelque [. . .] procédé ou composition de matière, nouveau et utile » serait brevetable, le génie génétique était un domaine inconnu. Il est donc impossible que le législateur ait alors *voulu* que ces mots s'appliquent aux formes de vie supérieures. [Italiques ajoutés.]

Bien sûr, il est vrai qu'au moment où il a adopté la loi sur les brevets postérieure à la Confédération, en 1869, le législateur n'a pas songé aux « formes de vie supérieures » génétiquement modifiées (*Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1869, ch. 11). En 1869, il n'a pas songé non plus aux « formes de vie *inférieures* », même si, au cours des dernières années, des brevets canadiens ont régulièrement été délivrés pour de telles inventions. (Mon collègue le juge Bastarache affirme, au par. 201, que les formes « de vie inférieures » continueront d'être brevetables.) En 1869, le législateur n'a pas prévu non plus l'existence des fusées lunaires, des antibiotiques, du téléphone, du courrier électronique et des ordinateurs de poche. Il ne s'agit pas de savoir si le législateur a voulu que les « oncosouris » ou les « formes de vie supérieures », ou encore la biotechnologie en général, soient visées par la loi sur les brevets, mais plutôt s'il a voulu protéger les « inventions » qui n'étaient pas prévues au moment de l'adoption de la *Loi sur les brevets* ou, en fait, à tout moment avant l'arrivée de l'invention visée par la demande de brevet.

I accept, as does my colleague, that the proper approach to interpretation of this statute is to read the words "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. In my opinion, with respect, the context and scheme of the *Patent Act* reinforce the expansive sense of the words "composition of matter" to render the oncomouse patentable. The intent that can properly be attributed to Parliament, based on the language it used and the context of patent legislation generally, is that it considered it to be in the public interest to encourage new and useful inventions without knowing what such inventions would turn out to be and to that end inventors who disclosed their work should be rewarded for their ingenuity. A further indication of Parliament's intent is that the Commissioner of Patents was given *no* discretion to refuse a patent on the grounds of morality, public interest, public order, or any other ground if the statutory criteria are met: *Patent Act*, s. 40. In my view, the respondent has fulfilled the statutory criteria and "by law" is entitled to the patent.

11 À l'instar de mon collègue, je reconnais que l'interprétation juste de cette loi consiste à lire les termes [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87. En toute déférence, j'estime que le contexte et l'économie de la *Loi sur les brevets* appuient l'interprétation large de l'expression « composition de matières », qui est requise pour que l'oncosouris soit brevetable. L'intention qui peut, à juste titre, être attribuée au législateur, compte tenu des termes qu'il a employés et du contexte de la loi sur les brevets en général, est qu'il a considéré qu'il était dans l'intérêt public d'encourager les inventions nouvelles et utiles, sans savoir quelle forme elles prendraient, et qu'il y aurait lieu, à cette fin, de récompenser l'ingéniosité des inventeurs qui divulgueraient leurs travaux. Un autre indice de l'intention du législateur est qu'il n'a conféré au commissaire aux brevets *aucun* pouvoir discrétionnaire de refuser la délivrance d'un brevet pour des motifs de moralité, d'intérêt public et d'ordre public, ou pour tout autre motif, dans le cas où les critères établis par la loi sont respectés : *Loi sur les brevets*, art. 40. J'estime que l'intimé a satisfait à ces critères et qu'il est fondé « en droit » à obtenir le brevet sollicité.

B. International Scope of Intellectual Property Law

B. Portée internationale du droit de la propriété intellectuelle

Intellectual property has global mobility, and states have worked diligently to harmonize their patent, copyright and trademark regimes. In this context, the Commissioner's approach to this case sounds a highly discordant note. Intellectual property was the subject matter of such influential agreements as the *International Convention for the Protection of Industrial Property* (*Paris Convention*) as early as 1883. International rules governing patents were strengthened by the *European Patent Convention* in 1973, and, more recently, the World Trade Organization *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) in 1994 (1869 U.N.T.S. 299). Copyright was the subject of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* in 1886, revised by the

12 La propriété intellectuelle évolue dans un contexte mondial, et les États s'efforcent d'harmoniser leurs régimes de brevets, de droits d'auteur et de marques de commerce. Dans ce contexte, l'approche adoptée par le commissaire en l'espèce sonne faux. Dès 1883, la propriété intellectuelle a fait l'objet d'accords aussi importants que la *Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle* (*Convention de Paris*). Les règles internationales régissant les brevets ont été renforcées en 1973 par la *Convention sur le brevet européen*, puis, plus récemment, en 1994, par l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), 1869 R.T.N.U. 332, émanant de l'Organisation mondiale du commerce. Le droit d'auteur a fait

Berlin Convention of 1908 and the *Rome Convention* of 1928. The *Universal Copyright Convention* was concluded in 1952. Legislation varies of course, from state to state, but broadly speaking Canada has sought to harmonize its concepts of intellectual property with other like-minded jurisdictions.

13 The mobility of capital and technology makes it desirable that comparable jurisdictions with comparable intellectual property legislation arrive (to the extent permitted by the specifics of their own laws) at similar legal results: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at para. 6.

14 The appellant Commissioner's definition of *un*patentable "higher life forms" includes not only animals but also plants and seeds. Genetically modified foods are controversial, but these are not controversies that should be dealt with by judicial exclusion of "higher life forms" from the definition of an "invention". Parliament itself has clearly signalled its limited view of the role and function of the *Patent Act*. In 1993, it repealed the prohibition in the former s. 27(3) of the *Patent Act* against patenting an "invention that has an illicit object in view". It thereby made it clear that granting a patent is not an expression of approval or disapproval. At that time, Parliament did *not* add a provision, present in the *European Patent Convention* and in many civil law systems and international agreements, that patents will not be granted for inventions whose use or exploitation would be inconsistent with *ordre public*, public morality, or environmental or health protection. That type of provision would open the door to value judgments in assessing patentability. Parliament did not endorse such an approach, even though the 1993 amendments were introduced to bring Canadian patent law into compliance with various international agreements. Parliament thereby signalled, however passively, that these important aspects of

l'objet de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* signée en 1886 et révisée par la *Convention de Berlin* de 1908 et par la *Convention de Rome* de 1928. La *Convention universelle sur le droit d'auteur* date de 1952. Il est évident que les lois diffèrent d'un État à l'autre, mais, de manière générale, le Canada a tenté d'harmoniser ses notions de propriété intellectuelle avec celles d'autres ressort partageant la même ligne de pensée.

Compte tenu de la mobilité des capitaux et de la technologie, il est souhaitable que, dans la mesure où leurs lois respectives les y autorisent, les ressorts comparables dotés d'une loi comparable en matière de propriété intellectuelle parviennent à des résultats juridiques similaires : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 6.

La définition que le commissaire appelant donne des « formes de vie supérieures » *non* brevetables vise non seulement les animaux, mais encore les plantes et les graines. Les aliments transgéniques suscitent la controverse, mais le moyen de dissiper cette controverse ne doit pas consister en une décision des tribunaux d'exclure les « formes de vie supérieures » de la définition du mot « invention ». Le législateur lui-même a clairement indiqué sa conception limitée du rôle de la *Loi sur les brevets*. En 1993, il a supprimé l'interdiction, dans l'ancien par. 27(3) de la *Loi sur les brevets,* de breveter « une invention dont l'objet est illicite ». Ce faisant, il a établi clairement que la délivrance d'un brevet ne traduit ni une approbation ni une désapprobation. À l'époque, le législateur *n'*a *pas* ajouté une disposition, présente dans la *Convention sur le brevet européen* ainsi que dans maints régimes de droit civil et accords internationaux, qui interdirait la délivrance d'un brevet pour une invention dont l'utilisation ou l'exploitation serait incompatible avec l'ordre public, la moralité publique ou la protection de l'environnement ou de la santé. Ce genre de disposition ouvrirait la voie aux jugements de valeur dans l'appréciation de la brevetabilité. Le législateur n'a pas adopté une telle approche, même si les modifications de 1993 visaient à

public policy would continue to be dealt with by regulatory regimes outside the *Patent Act*.

A more recent indication of the government's approach is the *Assisted Human Reproduction Act*. A discussion paper was placed before the Canadian public in 2000 and a bill placed before Parliament by the Minister of Health as Bill C-56 on May 9, 2002 (re-introduced in the same form as Bill C-13 on October 9, 2002). The bill would prohibit the cloning of human beings, modifying the germ line identity of human beings and the use of human embryos for industrial or commercial purposes. At the same time, Bill C-13 would *not* prevent inventions in that regard from being patented in Canada. This illustrates, again, the fundamental distinction made by Parliament between patentability of an invention and regulation of activity associated with an invention.

C. The Commercial and Scientific Context

Biotechnology is global in scope. Worldwide demand is expected to more than double from $20 billion in 1995 to $50 billion by 2005. Canada is a significant player. Statistics Canada reports that Canada's biotechnology sector in 1999 generated almost $2 billion in revenues, including $718 million in exports. These revenues are expected to exceed $5 billion in 2002. The Canadian Biotechnology Advisory Committee (CBAC), formed in 1999 to advise the federal government on these matters, recently reported that Canada has more biotechnology companies *per capita* than any other country: *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues: Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee*, June 2002, p. 2. It was calculated by Ernst & Young in its *Seventh Annual European Life Sciences Report 2000*, that Canada is second behind the U.S. in terms of number of companies, third behind the

harmoniser le droit canadien des brevets avec divers accords internationaux. Il a ainsi indiqué, quoique d'une manière passive, que ces facettes importantes de l'intérêt public demeureraient régies par d'autres régimes de réglementation que la *Loi sur les brevets*.

15 La *Loi sur la procréation assistée* est une indication plus récente de l'approche du gouvernement. Un document de travail a été présenté à la population canadienne au cours de l'année 2000, et le 9 mai 2002, le ministre de la Santé a déposé au Parlement le projet de loi intitulé « projet de loi C-56 » (déposé de nouveau sous la même forme, le 9 octobre 2002, mais intitulé cette fois « projet de loi C-13 »). Ce projet de loi vise à interdire le clonage d'êtres humains, la modification de l'identité germinale de l'être humain et l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales. Or, il *n'*empêcherait *pas* que des inventions à cet égard soient brevetées au Canada. Cela illustre, encore une fois, la distinction fondamentale que le législateur établit entre la brevetabilité d'une invention et la réglementation d'une activité liée à une invention.

C. Le contexte commercial et scientifique

16 La biotechnologie a une envergure mondiale. L'on s'attend à ce que la demande à l'échelle mondiale passe de 20 milliards de dollars en 1995 à 50 milliards de dollars en 2005, soit plus du double. Le Canada est un joueur important. D'après Statistique Canada, le secteur canadien de la biotechnologie a généré, en 1999, des revenus de près de 2 milliards de dollars, dont 718 millions de dollars en exportations. On s'attend à ce que ces revenus franchissent le cap des 5 milliards de dollars en 2002. Établi en 1999 pour conseiller le gouvernement fédéral à ce sujet, le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (CCCB) signalait récemment que le Canada compte plus d'entreprises de biotechnologie par habitant que tout autre pays : *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*, juin 2002, p. 2. Dans un document intitulé *Seventh Annual European Life Sciences Report*

U.S. and U.K. in revenues, and first in R & D *per* employee.

17 Genetic tests and "engineered" products hold out the possibility of modifying genetic mutations that either cause a disorder (e.g., Tay-Sachs disease, cystic fibrosis, Huntington's disease) or are responsible for increasing an individual's risk to develop, at some point during his or her lifetime, a particular disease (e.g., breast cancer). In addition, some research indicates a genetic element in some "behavioural illnesses" such as schizophrenia, Alzheimer's, autism, attention-deficit hyperactivity disorder, and Tourette's syndrome: P. S. Florencio, "Genetics, Parenting, and Children's Rights in the Twenty-First Century" (2000), 45 *McGill L.J.* 527, at p. 535.

18 This is not to suggest that because something is beneficial it is necessarily patentable. As stated, such value judgments have been excluded from the administration of the *Patent Act*. It is to say, however, that the massive investment of the private sector in biotechnical research is exactly the sort of research and innovation that the *Patent Act* was intended to promote.

D. Financing Research and Development

19 As this case demonstrates, even university research has to be paid for, and intellectual property rights are an important contributor.

20 We are told that in the United States (comparable statistics do not seem to be available in Canada), a health-related biotechnology product on average costs between 200 and 350 million dollars (U.S.) to develop, and takes 7 to 10 years from the research and development stage to bring it to market (Statistics Canada, *Biotechnology Use and*

2000, Ernst & Young estime que le Canada se situe au deuxième rang, derrière les États-Unis, en ce qui concerne le nombre d'entreprises, au troisième rang, après les États-Unis et le Royaume-Uni, en ce qui concerne les revenus et au premier rang en ce qui concerne la recherche et le développement par employé.

Les tests génétiques et les produits « génétiquement modifiés » offrent la possibilité d'agir sur les mutations génétiques qui causent un dérèglement (comme la maladie de Tay-Sachs, la fibrose kystique et la maladie de Huntington) ou qui accroissent le risque qu'une personne contracte un jour une maladie particulière (comme le cancer du sein). De plus, des recherches indiquent qu'un élément génétique joue un rôle dans certaines « maladies du comportement » comme la schizophrénie, la maladie d'Alzheimer, l'autisme, le syndrome de l'hyperactivité et du déficit de l'attention et le syndrome de La Tourette : P. S. Florencio, « Genetics, Parenting, and Children's Rights in the Twenty-First Century » (2000), 45 *R.D. McGill* 527, p. 535.

Cela ne revient pas à affirmer que, parce ce qu'une chose est bénéfique, elle est nécessairement brevetable. Comme nous l'avons vu, de tels jugements de valeur ont été écartés de l'application de la *Loi sur les brevets*. Cela signifie, toutefois, que la recherche biotechnologique de grande envergure financée par le secteur privé est exactement le genre de recherche et d'innovation que vise à promouvoir la *Loi sur les brevets*.

D. Le financement de la recherche et du développement

Comme l'illustre la présente affaire, même la recherche universitaire doit être financée, et les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle important à cet égard.

On nous dit qu'aux États-Unis (des statistiques comparables ne semblant pas être disponibles au Canada), un produit biotechnologique lié à la santé nécessite en moyenne, de l'étape de la recherche et du développement à la mise en marché, de 7 à 10 années de travaux et des investissements de l'ordre de 200 à 350 millions de dollars américains

Development — 1999 (March 2001), at p. 25). One would think it in the public interest to shorten the time and reduce the cost of research designed to minimize human suffering, and to reward those who develop research tools (such as the oncomouse) that might make this possible, provided the inventors disclose their work for others to build on.

Transgenic mice, including the oncomouse, have a role of potential importance. The evidence is that use of transgenic mice improves the effectiveness of the research that can be done, and shortens the time required to produce results. As Dr. Philip Leder, the co-inventor of the oncomouse, told a U.S. Congressional hearing in 1989:

> In the past few weeks, the gene for cystic fibrosis has been identified and the ability to replace this gene, for example, in a mouse, with the defective human cystic fibrosis gene would constitute an extremely powerful model system for the development of an effective treatment.
>
> For individuals and families at risk for this and other diseases, this would represent a priceless asset.

(Quoted in T. Schrecker et al., *Ethical Issues Associated with the Patenting of Higher Life Forms* (1997), at pp. 25-26.)

Dr. Leder's view is widely shared:

> Transgenic mice produced by DNA injection have been employed in a vast range of studies. For instance the method allows evaluation of the effects of gene mutations thought to be implicated in the inception of cancer. It has also contributed greatly to our understanding of the immune defence system. Indeed there are few areas of biology which have not been illuminated by the study of transgenic mice.

(Extract from J. Bishop, *Transgenic Mammals* (1999), at p. 7)

The CBAC report of June 2002 observed that healthcare is the major beneficiary of biotechnology. "More than 90 per cent of the advanced biotechnology products on the world market are related

(Statistique Canada, *L'utilisation et le développement de la biotechnologie — 1999* (mars 2001), p. 25). On croirait qu'il est dans l'intérêt public de réduire la durée et le coût de la recherche destinée à apaiser la souffrance humaine, ainsi que de récompenser ceux qui mettent au point des outils de recherche (telle l'oncosouris) qui pourraient permettre d'y parvenir, pourvu que les inventeurs divulguent leurs travaux pour permettre à d'autres personne de les mettre à profit.

21 Les souris transgéniques, y compris l'oncosouris, peuvent jouer un rôle important. Il est prouvé que l'utilisation de souris transgéniques accroît l'efficacité de la recherche pouvant être effectuée et réduit le délai requis pour obtenir des résultats. Comme l'a affirmé le D^r^ Philip Leder, le coïnventeur de l'oncosouris, au cours d'une audience du Congrès américain en 1989 :

> [TRADUCTION] Ainsi, ces dernières semaines, on a isolé le gène de la fibrose kystique. La possibilité de remplacer ce gène, dans une souris par exemple, par le gène défectueux associé à la fibrose kystique permettrait la constitution d'un modèle extrêmement puissant pour l'élaboration d'un traitement efficace.
>
> Pour les personnes et les familles prédisposées à cette maladie et à d'autres, cela représenterait un avantage sans prix.

(Cité dans T. Schrecker et autres, *Les questions éthiques liées à l'octroi de brevets relatifs à des formes de vie supérieures* (1996), p. 30.)

22 L'opinion du D^r^ Leder est largement répandue :

> [TRADUCTION] Les souris transgéniques produites par injection d'ADN ont été utilisées dans une vaste gamme d'études. Cette méthode permet notamment d'évaluer les effets des mutations génétiques qui contribueraient au cancer. Elle a également aidé énormément à mieux comprendre le système immunitaire. En fait, peu nombreux sont les secteurs de la biologie qui n'ont pas bénéficié de l'étude des souris transgéniques.

(Tiré de J. Bishop, *Transgenic Mammals* (1999), p. 7.)

23 Selon le rapport du CCCB publié en juin 2002, le secteur des soins de santé est le principal bénéficiaire de la biotechnologie. « Plus de 90 p. 100 des produits de la biotechnologie de pointe offerts

to health. It is expected that about three-quarters of global biotechnology demand will continue to be in this area" (*supra*, p. 2). Medical research inevitably relates to life, and its products will often impinge, directly or indirectly, on "higher life forms".

24 The practical *application* of biotechnology is in large measure the preoccupation of enterprises that need to profit from their successes to finance continued research on a broader front. These successes are few and far between (Statistics Canada, *supra*, at pp. 13-14). It seems Du Pont spent about US$15 million to fund the oncomouse research: C. Arthur, "The onco-mouse that didn't roar" (1993), 138 *New Scientist* 4. Leder, the afore-mentioned co-inventor of the Harvard mouse, made the point to Congress as follows:

> [T]he great and costly engine for invention can only be effectively driven with the support from the private sector, motivated to serve a public need.
>
> The patent system offers the only protection available for the intellectual product of this research, and thus, the only hope of a fair return against the great financial risks that investment in biotechnology entails.

(Quoted in Schrecker, *supra*, at p. 25.)

25 There are those who question the level of incentive required to induce sufficient research in the biomedical field. Professor Gold of McGill University argues:

> The argument for greater patent protection should be understood for what it is: an attempt to maximize profit, not to maximize levels of innovation. Clearly, a company would prefer to have as large a monopoly as possible. . . . But patent law is not about individual profit maximization; it is about maximizing the overall level of innovation in society. The two do not necessarily go together.

(E. R. Gold, "Biomedical Patents and Ethics: A Canadian Solution" (2000), 45 *McGill L.J.* 413, at p. 423)

sur le marché mondial touchent à la santé. Selon les prévisions, les trois quarts environ de la demande mondiale de biotechnologie resteront liés à la santé » (*op. cit.*, p. 2). La recherche médicale porte inévitablement sur la vie, et ses produits touchent souvent, directement ou indirectement, des « formes de vie supérieures ».

L'*application* pratique de la biotechnologie est dans une large mesure ce dont se soucient les entreprises qui doivent rentabiliser leurs réussites pour financer la poursuite de leurs travaux de recherche sur une plus vaste échelle. Ces réussites sont peu nombreuses (Statistique Canada, *op. cit.*, p. 12-15). La société Du Pont aurait consacré environ 15 millions de dollars américains au financement de la recherche sur l'oncosouris : C. Arthur, « The oncomouse that didn't roar » (1993), 138 *New Scientist* 4. Le D[r] Leder, le coïnventeur susmentionné de la souris de Harvard, a fait la remarque suivante devant le Congrès américain :

> [TRADUCTION] Le lourd et coûteux appareil de l'invention ne peut fonctionner efficacement qu'avec l'appui du secteur privé, incité à satisfaire un besoin public.
>
> Le régime des brevets offre la seule protection dont on puisse disposer pour le produit intellectuel de cette recherche et, partant, le seul espoir d'un rendement équitable eu égard aux risques financiers considérables que présente l'investissement dans le secteur de la biotechnologie.

(Cité dans Schrecker, *op. cit.*, p. 29.)

D'aucuns s'interrogent sur le degré d'encouragement requis pour qu'il y ait suffisamment de recherches dans le domaine biomédical. Le professeur Gold, de l'Université McGill, affirme ceci :

> [TRADUCTION] Les tenants d'une protection accrue par brevet cherchent en réalité à maximiser les profits, et non l'innovation. De toute évidence, une entreprise préférerait avoir le plus grand monopole possible. [. . .] Or, la loi sur les brevets vise à maximiser non pas les profits individuels, mais plutôt l'innovation globale dans la société. Les deux ne vont pas nécessairement de pair.

(E. R. Gold, « Biomedical Patents and Ethics : A Canadian Solution » (2000), 45 *R.D. McGill* 413, p. 423)

Nevertheless it is indisputable that vast amounts of money must be found to finance biomedical research. It is necessary to feed the goose if it is to continue to lay the golden eggs. The *Patent Act* embodies the public policy that those who directly benefit from an invention should be asked, through the patent system, to pay for it, at least in part.

Il est néanmoins incontestable que le financement de la recherche biomédicale requiert des sommes considérables. On doit nourrir la poule aux œufs d'or si on veut qu'elle continue de pondre. La *Loi sur les brevets* reflète qu'il est dans l'intérêt public de recourir au système des brevets pour obliger ceux qui bénéficient directement d'une invention à acquitter au moins une partie de son coût.

E. Patenting Life Forms in Canada

E. La délivrance de brevets pour des formes de vie au Canada

My colleague, Bastarache J., comments that "[t]he patentability of lower life forms is not at issue before this Court, and was in fact never litigated in Canada" (para. 198). However, certain enzyme products (which are living matter) were held to be patentable by this Court 60 years ago in *Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Co. (Canada) Ltd.*, [1942] S.C.R. 187, as were engineered micro-organisms used as an antibiotic in *Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.*, [1968] S.C.R. 307.

26 Mon collègue le juge Bastarache fait observer que « [l]a brevetabilité des formes de vie inférieures n'est pas en cause devant notre Cour et, en fait, n'a jamais été débattue devant les tribunaux canadiens » (par. 198). Toutefois, force est de reconnaître qu'il y a 60 ans notre Cour a jugé brevetables certains produits enzymatiques (qui sont des matières vivantes) dans l'arrêt *Continental Soya Co. c. J. R. Short Milling Co. (Canada) Ltd.*, [1942] R.C.S. 187, et qu'elle a, plus tard, dans l'arrêt *Laboratoire Pentagone Ltée c. Parke, Davis & Co.*, [1968] R.C.S 307, jugé brevetables des micro-organismes modifiés employés comme antibiotiques.

The attempt to patent life forms last came before this Court in *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623. In that case, a patent was sought for a new soybean variety developed from artificial crossbreeding and selection, but cultivated naturally. The applicant's "disclosure" consisted of depositing seed samples with the Patent Office. This Court upheld the rejection of the patent application on the basis that filing a seed sample did not meet the disclosure requirements of s. 36(1) of the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, which then (as now (s. 27(3)) required the inventor to set forth clearly the various steps required to make the "composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make . . . it". In light of the deficient disclosure, the Court expressly declined to go on to consider whether the new

27 L'affaire *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, est le dernier cas dans lequel notre Cour a été saisie d'une tentative de faire breveter une forme de vie. Dans cette affaire, une demande avait été présentée en vue d'obtenir un brevet pour une nouvelle variété de soya obtenue par sélection et croisement artificiel, mais cultivée conformément aux lois de la nature. L'« exposé de l'invention » présenté par la demanderesse avait consisté à déposer des échantillons de graine au Bureau des brevets. Notre Cour a confirmé le rejet de la demande de brevet pour le motif que le dépôt d'un échantillon de graine ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation établies au par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, ch. P-4, qui, à l'époque (comme le fait actuellement le par. 27(3)), obligeait l'inventeur à exposer clairement les diverses phases de la fabrication du « composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permett[raient] à toute personne versée

soybean variety could be regarded as an invention within the meaning of s. 2.

28 In the course of his reasons for the Court, however, Lamer J. (as he then was) pointed out an important distinction between two approaches to "genetic engineering". The first method (employed by Pioneer Hi-Bred) was hybridization and selection. In this method, "[t]here is thus human intervention . . . which does not alter the actual rules of reproduction, which continues to obey the laws of nature" (pp. 1632-33).

29 The second method (which was used here to develop the oncomouse) requires

> a change in the genetic material — an alteration of the genetic code affecting all the hereditary material — since in the latter case the intervention occurs inside the gene itself. The change made is thus a molecular one and the "new" gene is thus ultimately the result of a chemical reaction, which will in due course lead to a change in the trait controlled by the gene. While the first method [cross-breeding] implies an evolution based strictly on heredity and Mendelian principles, the second also employs a sharp and permanent alteration of hereditary traits by a change in the quality of the genes. [p. 1633]

30 I do not think Lamer J. expressed any doubt that an "alteration of the genetic code affecting all the hereditary material" produced "an invention" (although he did not decide the point). His doubts seemed rather to be related to whether crossbreeding *without* altering the genetic code using modern variants of techniques that are almost as old as agriculture itself was inventive within the scope of the Act (at p. 1634):

> The courts have regarded creations following the laws of nature as being mere discoveries the existence of which man has simply uncovered without thereby being able to

dans l'art ou la science dont rel[evait] l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproch[ait] le plus, de confectionner [. . .] l'objet de l'invention ». En raison du caractère insuffisant de la divulgation, la Cour a expressément refusé de se prononcer sur la question de savoir si la nouvelle variété de soya pouvait être considérée comme étant une invention au sens de l'art. 2.

Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a, cependant, relevé une distinction importante entre deux méthodes de « manipulation génétique ». Dans le cas de la première méthode (utilisée par Pioneer Hi-Bred), celle de l'hybridation et de la sélection, « [i]l s'agit donc d'une intervention de l'homme [. . .] qui ne modifie pas les règles mêmes de la reproduction, laquelle continue à obéir aux lois de la nature » (p. 1633).

La seconde méthode, utilisée en l'espèce pour créer l'oncosouris, requiert

> un changement au niveau du matériel génétique — altération du code génétique au niveau de la totalité du matériel héréditaire —, puisque dans ce dernier cas, c'est à l'intérieur même du gène que s'effectue la modification. On intervient ainsi au niveau moléculaire et c'est ultimement par réaction chimique que s'obtient le « nouveau » gène qui, par la suite, provoquera une modification du caractère qu'il contrôle. Alors que le premier moyen [le croisement] implique une évolution strictement fondée sur l'hérédité et les principes mendéliens, le second repose en outre sur une modification brusque et permanente de caractères héréditaires par un changement dans la qualité des gènes. [p. 1633]

Je ne crois pas que le juge Lamer ait douté qu'une « altération du code génétique au niveau de la totalité du matériel héréditaire » donne lieu à « une invention » (quoiqu'il n'ait pas tranché la question). Il semble plutôt avoir eu des doutes au sujet de la question de savoir si le croisement *sans* modification du code génétique à l'aide de variantes modernes de techniques presque aussi anciennes que l'agriculture elle-même tenait de l'invention au sens de la Loi (à la p. 1634) :

> En effet, les tribunaux ont considéré les créations qui suivent les lois de la nature comme n'étant en somme que des simples découvertes dont l'homme ne peut que

claim he has invented them. Hi-Bred is asking this Court to reverse a position long defended in the case law.

The Harvard researchers did not merely "uncover" a naturally occurring oncomouse. The complexity of the genetic splicing did not "follow" the laws of nature, but was a human intervention of a high order. They engineered that part of its genetic code that appears to be responsible for its commercial value.

Reference should also be made to *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (Pat. App. Bd.), in which the applicant sought to patent a living organism, namely a "mixed fungal yeast culture system" (p. 83) useful in digesting effluent from wood pulp mills. In holding the subject matter to be patentable, the Patent Appeal Board rejected the Patent Office's somewhat narrow view "derived from a time when the many gradations of living forms were not as fully apprehended as is now possible" (*General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21, at p. 25, cited in *Abitibi* at p. 85). Somewhat in advance of its time, the Patent Appeal Board in *Abitibi* then commented at p. 90 that "[i]f an inventor creates a new and unobvious insect [i.e., a "*higher* life form"] which did not exist before (and thus is not a product of nature), and can recreate it uniformly and at will, and it is useful (for example to destroy the spruce bud worm), then it is every bit as much a new tool of man as a micro-organism" and thus, subject to certain conditions as to reproducibility, patentable. In relation to the Abitibi micro-organism at hand, the Patent Appeal Board ruled (at p. 91):

The organism, to be claimed, should not of course have existed previously in nature, for in that event the "inventor" did not create it, and his "invention" is old. It must also be useful, in the sense that it carries out some useful known objective, such as separating oil from sand, producing antibiotics or the like. It cannot be a mere laboratory curiosity whose only possible claim to utility

découvrir l'existence sans pour autant prétendre les avoir inventées. Hi-Bred nous demande en fait de renverser une position depuis toujours défendue par la jurisprudence.

Les chercheurs de Harvard n'ont pas simplement « découvert » une oncosouris d'origine naturelle. L'épissage génétique complexe ne « suivait » pas les lois de la nature, mais constituait une intervention humaine très poussée. Les chercheurs ont fabriqué la partie du code génétique de l'oncosouris qui paraît lui conférer sa valeur commerciale.

31 Il convient également de mentionner la décision *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (C.A.B.), où la demande de brevet visait un organisme vivant, à savoir une « culture mixte de mycètes et de levures » (p. 83) utilisée pour digérer les résidus liquides provenant des usines de pâtes et papiers. En concluant que l'objet était brevetable, la Commission d'appel des brevets a rejeté le point de vue quelque peu étroit du Bureau des brevets, qui [TRADUCTION] « [émanait d']une époque où la classification des diverses formes de vie n'était pas aussi précise qu'elle peut l'être aujourd'hui » (*General Electric Co.'s Application (Patent)*, [1961] 2 R.P.C. 21, p. 25, cité dans la décision *Abitibi*, p. 85). Puis, faisant preuve d'un certain avant-gardisme, la Commission d'appel des brevets a souligné, à la p. 90 de la décision *Abitibi*, que « [s]i un inventeur crée une variété d'insecte nouvelle et non évidente [c'est-à-dire, une « forme de vie *supérieure* »] qui n'existait pas auparavant (et qui, partant, n'est pas un produit de la nature) et s'il peut recréer ce produit de façon uniforme et à volonté et si ce produit a une fin utile (par exemple, s'il sert à détruire la tordeuse des bourgeons de l'épinette), on pourra le considérer, au même titre qu'un micro-organisme, comme un nouvel outil au service de l'homme », et donc brevetable sous réserve de certaines conditions en matière de reproductibilité. Quant au micro-organisme de la compagnie Abitibi, la Commission d'appel des brevets a décidé ceci (à la p. 91) :

L'organisme vivant qui fait l'objet de la revendication ne doit évidemment pas déjà exister à l'état naturel, autrement il n'y aurait pas véritablement invention. Il doit également être utile, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir servir à une fin connue comme, par exemple, l'extraction de pétrole des sables bitumineux, la production d'antibiotiques, etc. Il ne peut s'agir d'un simple objet d'observa-

is as a starting material for further research. And it must be sufficiently different from known species that it can be said that its creation involved the necessary element of inventive ingenuity. In the present case we believe the product claims meets these tests, and the [Patent Office] objection should be withdrawn.

32 In *Re Application for Patent of Connaught Laboratories* (1982), 82 C.P.R. (2d) 32, the Patent Appeal Board allowed that cell lines derived from "higher life forms" were patentable, thus removing another possible dividing line. Not all aspects of "higher life forms" were unpatentable. The Patent Office (now the Canadian Intellectual Property Office) regularly allows patents on human genes, proteins, cells and DNA sequences. Under Canadian law, it is not "life" *per se* which is unpatentable. The issues are, rather, the view taken by the Commissioner to narrow the range of living matter to be considered patentable, and where in the *Patent Act* is there statutory authority for the line the Commissioner wants to draw?

F. Patenting of "Higher Life Forms" in Comparable Jurisdictions

33 In 1873, Louis Pasteur was granted a patent in the United States on a certain yeast, which is a living organism.

34 A patent for the Harvard oncomouse was issued by the United States Patent Office on April 12, 1988 and by the European Patent Office on May 13, 1992, despite the explicit power under the *European Patent Convention* to refuse a patent based on "morality" or "*ordre public*". As mentioned earlier, a similar patent has been issued in Japan, and New Zealand has issued a patent for a transgenic mouse.

35 The appellant Commissioner's principal argument is that to allow the oncomouse patent would

tion en laboratoire dont la seule utilité possible serait de servir de point de départ à des recherches plus poussées. Enfin, l'organisme vivant doit posséder des caractéristiques qui le distinguent d'autres variétés de sorte que l'on puisse reconnaître qu'il est le fruit de l'ingéniosité de l'inventeur, critère auquel doit répondre une invention. Dans le cas présent, nous estimons que le produit revendiqué satisfait à ces exigences et que l'objection formulée [par le Bureau des brevets] devrait être retirée.

Dans la décision *Re Application for Patent of Connaught Laboratories* (1982), 82 C.P.R. (2d) 32, la Commission d'appel des brevets a conclu que des lignées cellulaires résultant de « formes de vie supérieures » étaient brevetables, supprimant ainsi une autre ligne de démarcation possible. La non-brevetabilité ne s'appliquait pas à tous les aspects des « formes de vie supérieures ». Le Bureau des brevets (devenu l'Office de la propriété intellectuelle du Canada) délivre régulièrement des brevets pour des gènes humains, des protéines, des cellules et des séquences d'ADN. En droit canadien, ce n'est pas la « vie » comme telle qui n'est pas brevetable. Le litige porte plutôt sur le point de vue adopté par le commissaire pour réduire la gamme de matières vivantes à considérer comme étant brevetables, et sur la question de savoir quelle disposition de la *Loi sur les brevets* permet de tracer la ligne de démarcation souhaitée par le commissaire.

F. La délivrance de brevets pour des « formes de vie supérieures » dans des ressorts comparables

En 1873, Louis Pasteur a obtenu un brevet américain pour un type de levure, qui est un organisme vivant.

Un brevet pour l'oncosouris de Harvard a été délivré par le United States Patent Office le 12 avril 1988, et par l'Office européen des brevets le 13 mai 1992, en dépit du pouvoir explicite de refuser un brevet pour des raisons de « moralité » ou d'« ordre public », que confère la *Convention sur le brevet européen*. Comme nous l'avons déjà vu, un brevet semblable a été délivré au Japon, et une souris transgénique a été brevetée en Nouvelle-Zélande.

Le principal argument du commissaire appelant est que la délivrance d'un brevet pour

be to "expand" the scope of the *Patent Act* (i.e., his factum, paras. 2, 3, 35 and 73), but the opposite conclusion reached in so many countries with comparable legislation suggests the contrary. In those jurisdictions, patents for the oncomouse have been issued without any need for legislative amendment, including the United States where the language of our definition of "invention" originated. The Commissioner seeks to *restrict* the legislative definition of invention, and he does so (in my view) for policy reasons unrelated to the *Patent Act* or to its legitimate role and function.

l'oncosouris aurait pour effet d'« élargir » la portée de la *Loi sur les brevets* (par. 2, 3, 35 et 73 de son mémoire). Or, la conclusion opposée tirée dans un aussi grand nombre de pays dotés d'une loi comparable indique le contraire. Dans ces ressorts, y compris aux États-Unis à qui nous avons emprunté le texte de la définition du mot « invention », l'oncosouris a été brevetée sans qu'aucune modification législative ne soit nécessaire. Le commissaire cherche à *restreindre* la définition légale du mot « invention » et il le fait, à mon sens, pour des raisons de politique générale n'ayant rien à voir ni avec la *Loi sur les brevets* ni avec le rôle légitime de cette loi.

The majority of the Federal Court of Appeal in this case found persuasive the interpretative principles applied by the United States Supreme Court in *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). In that case the inventor, Al Chakrabarty, had genetically engineered bacteria capable of breaking down crude oil spills. The invention was environmentally useful but the bacteria, necessarily, were alive. One of the arguments made by the U.S. Commissioner of Patents and Trademarks, echoed in this appeal before us 22 years later, was that

36 Dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a jugé convaincants les principes d'interprétation appliqués par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). Dans cette affaire, l'inventeur, Al Chakrabarty, avait fabriqué par manipulation génétique une bactérie capable de décomposer le pétrole brut déversé. L'invention était utile à l'environnement, mais la bactérie était nécessairement vivante. L'un des arguments du commissaire américain aux brevets et aux marques de commerce, repris dans le cadre du présent pourvoi, 22 années plus tard, était le suivant :

> micro-organisms cannot qualify as patentable subject matter until Congress expressly authorizes such protection. [The Commissioner's] position rests on the fact that genetic technology was unforeseen when Congress enacted § 101. From this it is argued that resolution of the patentability of inventions such as respondent's should be left to Congress. The legislative process, the [Commissioner] argues, is best equipped to weigh the competing economic, social, and scientific considerations involved, and to determine whether living organisms produced by genetic engineering should receive patent protection. [p. 314]

> [TRADUCTION] . . . les micro-organismes ne constitueront un objet brevetable que si le Congrès autorise expressément une telle protection. [Le commissaire] s'appuie sur le fait que l'arrivée de la technologie génétique n'était pas prévue au moment où le Congrès a adopté [l'art.] 101. On en déduit qu'il appartient au Congrès de trancher la question de la brevetabilité d'une invention comme celle de l'intimé. Selon le [commissaire], le législateur est celui qui est le plus en mesure de soupeser les considérations économiques, sociales et scientifiques qui s'opposent en la matière, et de décider si un organisme vivant issu de manipulations génétiques devrait être protégé par brevet. [p. 314]

Burger C.J.'s answer (at p. 315), also applicable here, was that "[i]t is, of course, correct that Congress, not the courts, must define the limits of patentability; but it is equally true that once Congress has spoken it is 'the province and duty of the judicial department to say what the law is'".

37 La réponse du juge en chef Burger, qui s'applique également en l'espèce, a été la suivante (à la p. 315) : [TRADUCTION] « [i]l est évidemment exact qu'il appartient au Congrès, et non aux tribunaux, de définir les limites de la brevetabilité. Cependant, il est également exact que, dès que le

The 5-4 majority held at pp. 309-10 that the inventor's micro-organism

plainly qualifies as patentable subject matter. His claim is not to a hitherto unknown natural phenomenon, but to a nonnaturally occurring manufacture or composition of matter — a product of human ingenuity "having a distinctive name, character [and] use". [Emphasis added.]

The proper distinction was not living *versus* inanimate but between the *discovery* of a product of nature (whether living or not) *versus* a human-made *invention*. Burger C.J. did not subscribe to the notion that patents could be obtained for "anything under the sun that is made by man", quoted as part of his narrative in footnote 6. In fact, at p. 309, he specifically states that "[t]his is not to suggest that [the Act] has no limits or that it embraces every discovery". On the contrary, the patent issued because its subject matter was held to be a "manufacture" or "composition of matter" within the statutory test laid down by Congress. "A rule that unanticipated inventions are without protection would conflict with the core concept of the patent law that anticipation undermines patentability" (*Chakrabarty*, at p. 316).

38 The appellant Commissioner argues that *Chakrabarty* should be rejected because of differences he perceives in the legislative history in Canada and the United States, an allegedly different common understanding of what "composition of matter" meant when the *Patent Act* was passed in 1869, and subsequent legislative action in Canada in 1990 with respect to plant breeders (factum, at paras. 60 and 61). In my view, for reasons given below, these distinctions are not well founded but, in any event, the only interest we have in *Chakrabarty* is the extent to which its reasoning adds persuasive force to the respondent's argument and confirms harmony, broadly

Congrès s'est prononcé, "les tribunaux ont compétence pour dire le droit et sont tenus de le faire" ». Les cinq juges majoritaires ont conclu, aux p. 309-310, que le micro-organisme de l'inventeur

[TRADUCTION] respecte, de toute évidence, les conditions requises pour être considéré comme un objet brevetable. Sa demande ne porte pas sur un phénomène naturel inconnu jusqu'ici, mais sur un produit ou une composition de matières d'origine non naturelle — un produit de l'ingéniosité humaine « possédant un nom, un caractère [et] une utilisation distincts ». [Je souligne.]

Il convenait d'établir une distinction non pas entre ce qui est vivant *et* ce qui est inanimé, mais plutôt entre la *découverte* d'un produit de la nature (vivant ou non) *et* une *invention* humaine. Le juge en chef Burger n'était pas d'avis qu'il était possible d'obtenir un brevet pour [TRADUCTION] « tout ce qui est fabriqué par l'être humain » (tiré de ses propos à la note de renvoi 6). En fait, il a précisé à la p. 309, que [TRADUCTION] « [c]ela ne veut pas dire que [la Loi] est sans limites ou qu'[elle] englobe toutes les découvertes. » Au contraire, le brevet a été délivré parce que son objet était considéré comme une « fabrication » ou une « composition de matières » conformément au critère établi par le Congrès. [TRADUCTION] « Un principe refusant toute protection aux inventions non prévues contredirait le concept fondamental du droit des brevets suivant lequel la prévisibilité fait obstacle à la brevetabilité » (*Chakrabarty*, précité, p. 316).

Le commissaire appelant fait valoir qu'il y a lieu de rejeter l'arrêt *Chakrabarty* en raison des différences sur le plan de l'historique législatif qui, selon lui, existent entre le Canada et les États-Unis, du sens différent qu'on aurait généralement donné à l'expression « composition de matières » à l'époque de l'adoption de l'*Acte concernant les Brevets d'Invention* en 1869, et de la mesure législative que le Canada a, par la suite, adoptée en 1990 à l'égard des obtenteurs de variétés végétales (mémoire, par. 60-61). Pour les motifs qui suivent, j'estime que ces distinctions ne sont pas bien fondées, mais de toute manière, tout ce qui nous intéresse dans l'arrêt *Chakrabarty* est la mesure dans laquelle le

speaking, in intellectual property matters among like-minded jurisdictions.

raisonnement qui y est tenu donne de la force persuasive à l'argument de l'intimé et confirme l'harmonie qui existe généralement, en matière de propriété intellectuelle, entre les ressorts qui partagent la même ligne de pensée.

G. The Interpretation of Section 2 of the *Patent Act*

G. L'interprétation de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*

The appellant Commissioner denies that a patent can be obtained in Canada for "anything under the sun that is made by man" and I agree. He says that this expression, used in Congressional hearings in 1952, distinguishes the U.S. legislative history from ours, but this is not so, strictly speaking. A 1952 expression of opinion by a Congressional Committee almost 150 years after the definition was inserted into the U.S. *Patent Act* of 1793 is scarcely *contemporanea expositio*.

39 Le commissaire appelant nie qu'il soit possible, au Canada, d'obtenir un brevet pour [TRADUCTION] « tout ce qui est fabriqué par l'être humain », et je suis d'accord avec lui sur ce point. Il prétend que c'est cette expression, employée au cours des audiences du Congrès américain en 1952, qui rend l'historique législatif des État-Unis différent du nôtre. Or, à strictement parler, tel n'est pas le cas. L'opinion exprimée par un comité du Congrès en 1952, soit presque 150 ans après l'insertion de la définition dans la loi sur les brevets américaine de 1793, n'est guère conforme au principe de la *contemporanea expositio*.

The check on the indiscriminate grant of patents lies in the established criteria of utility, novelty and non-obviousness. Those are the criteria judged by Parliament to be relevant to its statutory purpose, which is to encourage ingenuity by rewarding its disclosure. The expression "composition of matter" was included in our patent laws prior to Confederation. It appears in 1824 in the Lower Canada statute entitled *An Act to promote the progress of useful Arts in this Province*, 4 Geo. 4, c. 25, and in Upper Canada two years later in *An Act to Encourage the Progress of Useful Arts within this Province*, 7 Geo. 4, c. 5. The 1826 Act included the terms "manufacture" and "composition of matter" in the preamble setting out its object:

40 Ce sont les critères établis de l'utilité, de la nouveauté et de la non-évidence qui permettent d'empêcher la délivrance systématique de brevets. Ces critères sont ceux que le législateur a jugé applicables au regard de l'objectif de la Loi, qui est d'encourager l'ingéniosité en récompensant la divulgation de ce qui en résulte. L'expression « composition de matières » (« *composition of matter* ») figurait dans nos lois sur les brevets avant la Confédération. Elle est utilisée, en 1824, dans une loi du Bas-Canada intitulée *Acte pour encourager les progrès des Arts utiles en cette Province*, 4 Geo. 4, ch. 25 (« compositions »), puis, deux ans plus tard, dans une loi du Haut-Canada intitulée *An Act to Encourage the Progress of Useful Arts within this Province*, 7 Geo. 4, ch. 5. La loi de 1826 employait, dans le préambule précisant son objet, les termes « *manufacture* » (« manufacture ») et « *composition of matter* » (« composition ») :

> WHEREAS it is expedient for the encouragement of Genius and of Arts in this Province to secure an exclusive right to the Inventor of any New and Useful Art, Machine, Manufacture, or Composition of Matter . . . .
>
> [TRADUCTION] VU QU'il est expédient, pour l'encouragement du génie et des arts en cette province, d'assurer un droit exclusif aux inventeurs de tout art, toute machine, toute manufacture ou toute composition nouveaux et utiles . . .

41 Section 91(22) of the *Constitution Act, 1867*, assigned legislative competence in respect of "Patents of Invention and Discovery" to Parliament which two years later defined patentable subject matter as follows:

> Any person . . . having invented or discovered any new and useful art, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement on any art, machine, manufacture or composition of matter, not known or used by others before his invention or discovery thereof, or not being at the time of his application for a patent in public use or on sale in any of the Provinces of the Dominion with the consent or allowance of the inventor or discoverer thereof . . . . [Emphasis added.]

(*Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1869, c. 11, s. 6)

The wording has not changed much in the intervening years, apart from dropping the reference to "discovery". Section 2 of the present *Patent Act* now provides as follows:

> "invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;
>
> « invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

42 It is common ground that to meet the subject matter criteria of the *Patent Act* the oncomouse must qualify as a "composition of matter" or a "manufacture".

(i) "*Composition of Matter*"

43 "Composition of matter" (*composition de matières*) is an open-ended expression. Statutory subject matter must be framed broadly because by definition the *Patent Act* must contemplate the unforeseeable. The definition is not expressly confined to inanimate matter, and the appellant Commissioner agrees that composition of organic and certain living matter can be patented. In the case of the oncomouse, the modified genetic material is a physical substance and therefore "matter". The fertilized mouse egg is

Le paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué la compétence législative en matière de « brevets d'invention et de découverte » au Parlement, qui, deux ans plus tard, a défini comme suit l'objet brevetable :

> Quiconque [. . .] aura inventé ou découvert quelque art, machine, procédé ou composition de matière, nouveau et utile, ou quelque perfectionnement nouveau et utile à un art, machine, procédé ou composition de matière, lequel n'était pas en usage ni connu par d'autres avant qu'il en fit l'invention ou découverte, ou ne sera pas, lors de la demande du brevet, dans le domaine public ou en vente dans quelqu'une des provinces du Canada, du consentement ou par la tolérance de l'auteur de l'invention ou découverte . . . [Je souligne.]

(*Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1869, ch. 11, art. 6)

Hormis la disparition du mot « découverte », le libellé n'a pas beaucoup changé au cours des années qui ont suivi. Voici le texte de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets* actuelle :

> « invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.
>
> "invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

Nul ne conteste que, pour satisfaire aux critères de la *Loi sur les brevets* en ce qui a trait à l'objet de l'invention, l'oncosouris doit être une « composition de matières » ou une « fabrication ».

(i) « *Composition de matières* »

L'expression « composition de matières » (« *composition of matter* ») se prête à diverses interprétations. L'objet susceptible d'être visé par la Loi doit être formulé de manière générale, étant donné que, par définition, la *Loi sur les brevets* doit prévoir l'imprévisible. La définition n'est pas expressément limitée à la matière inanimée, et le commissaire appelant reconnaît qu'une composition de matières organiques et de certaines matières vivantes peut être brevetée. Dans le cas de l'oncosouris, le

a form of biological "matter". The combination of these two forms of matter by the process described in the disclosure is thus, as pointed out by Rothstein J.A. ([2000] 4 F.C. 528, at para. 120), a "composition of matter".

What, then, is the justification under the *Patent Act* for drawing a line between certain compositions of living matter (*lower* life forms) and other compositions of living matter (*higher* life forms)?

My colleague, Bastarache J., quotes from the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IX, at p. 480, the entry that "matter" is a "[p]hysical or corporeal substance in general . . ., contradistinguished from immaterial or incorporeal substance (spirit, soul, mind), and from qualities, actions, or conditions", but this, of course, depends on context. "Matter" is a most chameleon-like word. The expression "grey *matter*" refers in everyday use to "intelligence" — which is about as incorporeal as "spirit" or "mind". Indeed, the same Oxford editors define "grey matter" as "intelligence, brains" (*New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, at p. 1143). The *primary* definition of matter, according to the *Oxford English Dictionary*, is "[t]he substance, or the substances collectively, out of which a physical object is made or of which it consists; constituent material" (p. 479). The definition of "*matière*" in *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001), vol. 4, quoted by my colleague, is to the same effect. The question, then, is what, in the Commissioner's view, *is* the "constituent material" of the oncomouse as a physical entity? If the oncomouse is not composed of matter, what, one might ask, are such things as oncomouse "minds" composed of? The Court's mandate is to approach this issue as a matter (that slippery word in yet another context!) of law, not murine metaphysics. In the absence of any evidence or expert assistance, the Commissioner now asks the Court to take judicial notice of the oncomouse, if I may use Arthur Koestler's phrase, as a "ghost in a machine" but this pushes the scope of judicial notice too far. With

matériel génétique modifié est une substance physique et, par conséquent, une « matière ». L'œuf de souris fécondé est une forme de « matière » biologique. La combinaison de ces deux formes de matière par le procédé divulgué dans l'exposé de l'invention est donc une « composition de matières », comme l'a souligné le juge Rothstein ([2000] 4 C.F. 528, par. 120).

Alors, qu'est-ce qui, aux termes de la *Loi sur les brevets*, justifie de tracer une ligne de démarcation entre certaines compositions de matières vivantes (formes de vie *inférieures*) et d'autres compositions de matières vivantes (formes de vie *supérieures*)? 44

Mon collègue le juge Bastarache tire des diverses pages du *Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), vol. IX, p. 480, dans lesquelles le terme « *matter* » (« matière ») est défini, le passage où on mentionne que ce terme désigne une [TRADUCTION] « [s]ubstance matérielle ou corporelle en général [. . .], par opposition à une substance immatérielle ou incorporelle (conscience, âme, esprit), et aux attributs, actions ou conditions ». Toutefois, il va sans dire que le sens du terme varie selon le contexte. La « matière » est un exemple parfait de terme « caméléon ». Par exemple, l'expression « *matière* grise » est une expression familière employée pour désigner l'intelligence — qui est à peu près aussi incorporelle que la « conscience » ou l'« esprit ». En fait, selon ces mêmes rédacteurs du *Oxford*, l'expression « *grey matter* » signifie « *intelligence, brains* » (« l'intelligence, la réflexion ») (*New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, p. 1143). Selon le *Oxford English Dictionary*, la *première* définition du terme « *matter* » est la suivante : [TRADUCTION] « [l]a substance ou les substances considérées collectivement dont est fait ou composé un objet physique; substance qui constitue les corps » (p. 479). La définition que *Le Grand Robert de la langue française* (2e éd. 2001), vol. 4, donne du mot « matière », et que cite mon collègue, va dans le même sens. Il s'agit donc de savoir quelle *est*, d'après le commissaire, la « substance qui constitue » l'oncosouris en tant qu'entité physique. Si l'oncosouris n'est pas composée de matière, alors de quoi de telles choses comme les « êtres immatériels » que sont les oncosouris *sont*-elles composées, 45

respect, this sort of literary metaphor (or its dictionary equivalent) is an inadequate basis on which to narrow the scope of the *Patent Act*, and thus to narrow the patentability of scientific invention at the dawn of the third Millennium.

(ii) *Defining the Exception for "Higher Life Forms"*

46 The appellant Commissioner says the Federal Court of Appeal erred by allowing a patent on a "higher intelligent life form", but he himself offers no definition of an "intelligent" life form, much less does he identify a dividing line between a "higher" intelligent life form and a "lower" intelligent life form.

47 The *Patent Act* does not distinguish, in its definition of invention, between subject matter that is less complex ("lower life forms") and subject matter that is more complex ("higher life forms"). The degree of complexity is not a criterion found in the Act or in the jurisprudence in determining patentability. The distinction between "lower life forms" and "higher life forms" in its application to s. 2 is the invention of the Patent Office.

48 While refusing to issue a patent for a higher animal life form in this case, the Commissioner has issued patents under the *Patent Act* for higher plant life forms: see, e.g., Canadian Patent 1,313,830 issued February 23, 1993 for "Roundup Ready Canola", a genetically modified plant, recently before the courts in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2003] 2 F.C. 165, 2002 FCA 309.

pourrait-on se demander? La Cour doit considérer qu'il s'agit là d'une question de droit et non de métaphysique des muridés. En l'absence de preuve ou de l'aide d'un expert, le commissaire demande maintenant à la Cour de reconnaître d'office l'oncosouris comme étant, pour reprendre l'expression d'Arthur Koestler, le « cheval dans la locomotive » (« *ghost in a machine* »), mais cela pousse trop loin la portée de la connaissance d'office. En toute déférence, ce genre de méthaphore (ou terme équivalent trouvé dans les dictionnaires) n'est pas une raison suffisante pour restreindre la portée de la *Loi sur les brevets* et ainsi restreindre la brevetabilité d'une invention scientifique à l'aube du troisième millénaire.

(ii) *Définition de l'exception relative aux « formes de vie supérieures »*

Le commissaire appelant soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en autorisant la délivrance d'un brevet pour une [TRADUCTION] « forme de vie intelligente supérieure », mais lui-même n'offre aucune définition d'une forme de vie « intelligente », pas plus qu'il ne trace une ligne de démarcation entre une forme de vie intelligente « supérieure » et une forme de vie intelligente « inférieure ».

Dans la définition qu'elle donne du mot « invention », la *Loi sur les brevets* n'établit aucune distinction entre un objet moins complexe (« formes de vie inférieures ») et un objet plus complexe (« formes de vie supérieures »). Le degré de complexité n'est un critère de brevetabilité ni dans la Loi ni dans la jurisprudence. C'est le Bureau des brevet qui, pour appliquer l'art. 2, a inventé la distinction entre les « formes de vie inférieures » et les « formes de vie supérieures ».

Bien qu'il refuse, en l'espèce, de délivrer un brevet pour une forme de vie animale supérieure, le commissaire a déjà breveté des formes de vie végétale supérieures, conformément à la *Loi sur les brevets* : voir, par exemple, le brevet canadien 1 313 830 délivré le 23 février 1993 pour le « canola Roundup Ready », une plante génétiquement modifiée, dont les tribunaux étaient récemment saisis dans l'affaire *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2003] 2 C.F. 165, 2002 CAF 309.

The CBAC report says, at p. 6:

The term "higher life form" is not defined in law. In common usage, it includes plants and non-human animals other than single-celled organisms. [Emphasis added.]

The line, on this view, is not drawn between sentient beings and non-sentient beings or intelligent beings and unintelligent beings, but between simple one-cell organisms (such as bacteria) and their more complicated cousins, perhaps as rudimentary as moulds or other fungi.

Other approaches abound. In a paper prepared for the Intellectual Property Policy Directorate of Industry Canada, *A Study of Issues Relating to the Patentability of Biotechnological Subject Matter* (1996), J. R. Rudolph offered the following explanation, at pp. 11-12:

Microorganisms are a large and diverse group of organisms consisting of only one cell or cell clusters of prokaryotic or eucaryotic cells. Examples of eukaryotic organisms are algae, fungi, molds and yeasts. An example of prokaryotes is bacteria. An important distinction between single cells or cell clusters which are microorganisms, and single cells or cell clusters which are not microorganisms, is that microbial cells are able to live alone in nature: single animal or plant cells or cell clusters are unable to exist by themselves in nature and can only be successful in either a specialized environment such as a culture system (typically created by man in the laboratory) or as part of a multicellular organism such as a plant or animal. The so-called "higher life forms" are complex multicellular organisms such as simple plants or oysters, for example, which contain thousands or hundreds of thousands of cells. The human, which is a complex multicellular organism, has been estimated to contain at least 10^{14} cells. [Emphasis added.]

My colleague, Bastarache J., takes the view that a key factor is "the unique ability of higher life forms to self-replicate" (para. 170), but in fact self-reproduction is also a fundamental characteristic of "lower life forms". Indeed, one of the most widely held objections to the genetically engineered

Le CCCB affirme ce qui suit, à la p. 7 de son rapport : 49

L'expression « forme de vie supérieure » n'est pas définie dans la loi. L'usage veut qu'il s'agisse des plantes et des animaux, autres que des organismes unicellulaires. [Italiques ajoutés.]

D'après ce point de vue, la ligne de démarcation est tracée non pas entre les êtres doués de sensation et les êtres non doués de sensation, ou encore entre les êtres intelligents et les êtres non intelligents, mais plutôt entre les organismes unicellulaires simples (comme les bactéries) et leurs cousins plus complexes, qui peuvent être aussi rudimentaires que les moisissures ou d'autres champignons.

Nombreux sont les autres points de vue. Dans un document préparé pour la Direction des politiques de la propriété intellectuelle d'Industrie Canada, intitulé *Étude des questions relatives à la brevetabilité de la matière des biotechnologies* (1996), J. R. Rudolph donne l'explication suivante (à la p. 12) : 50

Les micro-organismes sont un groupe vaste et diversifié d'organismes constitués d'une cellule unique ou de groupes de cellules procaryotes ou eucaryotes. Les algues, les champignons, les moisissures et les levures sont des organismes eucaryotes. Les bactéries sont des organismes procaryotes. Il existe une importante distinction entre les cellules isolées et les groupes de cellules qui sont des micro-organismes et ceux qui ne le sont pas, c'est que les cellules microbiennes sont capables de vivre seules dans la nature; les cellules isolées d'animal ou de plante ou les groupes de cellules ne peuvent exister par elles-mêmes dans la nature et ne peuvent réussir que dans un environnement spécial comme un système de culture (généralement créé par l'homme en laboratoire) ou en tant que partie d'un organisme pluricellulaire telle qu'une plante ou un animal. Ce qu'on appelle des « formes supérieures de vie » sont des organismes complexes pluricellulaires comme les plantes simples ou les huîtres, par exemple, qui contiennent des milliers ou des centaines de milliers de cellules. On estime que l'être humain, organisme multicellulaire complexe, contient au moins 10^{14} cellules. [Je souligne.]

Mon collègue le juge Bastarache est d'avis qu'un élément clé est « la capacité exceptionnelle de reproduction des formes de vie supérieures » (par. 170). En réalité, cependant, l'autoreproduction est aussi une caractéristique fondamentale des « formes de vie inférieures ». En réalité, dans 51

bacteria in the *Chakrabarty* case was the potential for such unnatural bacteria to escape and reproduce in the wild with unknown consequences for the environment.

52 The various distinctions attempted to be made between "patentable" lower life composition of matter and "*un*patentable" higher life composition of matter, shows, I think, the arbitrariness of the Commissioner's approach. My colleague writes at para. 199:

> The distinction between lower and higher life forms, though not explicit in the Act, is nonetheless defensible on the basis of common sense differences between the two.

With respect, there seems to be as many versions of "common sense" as there are commentators:

> (1) Some would say all living organisms are excluded (e.g., Brennan J. for the dissenters in *Chakrabarty*);
>
> (2) Some would allow micro-organisms but only those that can be produced *en masse* with identical features, like bacteria. In *Re Abitibi*, *supra*, the Patent Appeal Board recommended that patents extend "to all new life forms which are produced *en masse* as chemical compounds are prepared, and are formed in such large numbers that any measurable quantity will possess uniform properties and characteristics" (p. 89). "Mass" live organisms have a long history of patentability, including food products such as beer and yogurt.
>
> (3) Then there are the proponents of "higher life" organisms versus "lower life" organisms, the latter being defined by the CBAC as having only a single cell.

l'affaire *Chakrabarty*, l'une des objections les plus généralisées aux bactéries fabriquées par manipulation génétique était le risque que de telles bactéries non naturelles s'échappent et se reproduisent dans la nature sans qu'on en connaisse les conséquences sur l'environnement.

Les différentes distinctions qu'on tente d'établir entre une forme de vie inférieure qui constitue une composition de matières « brevetable » et une forme de vie supérieure qui constitue une composition de matières « *non* brevetable » démontrent, selon moi, le caractère arbitraire du point de vue du commissaire. Voici ce que mon collègue écrit, au par. 199 :

> Bien qu'elle ne soit pas explicite dans la Loi, la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est néanmoins justifiable en raison des différences qui, d'après le bon sens, existent entre les deux.

En toute déférence, il semble que la conception du « bon sens » varie d'un commentateur à l'autre :

> (1) D'aucuns diraient que tous les organismes vivants sont exclus (par exemple, le juge Brennan, au nom des juges dissidents dans l'arrêt *Chakrabarty*).
>
> (2) Certains jugeraient brevetables des micro-organismes, mais uniquement ceux susceptibles d'être produits en grande quantité et dont les caractéristiques sont identiques, telles les bactéries. Dans la décision *Abitibi*, précitée, la Commission d'appel des brevets a recommandé la brevetabilité de « toutes les nouvelles formes de vie qui seront produites en grande quantité, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes » (p. 89). Les organismes vivants produits en grande quantité, y compris les produits alimentaires comme la bière et le yogourt, sont brevetables depuis longtemps.
>
> (3) Puis il y a les tenants de la distinction entre les organismes constituant une « forme de vie supérieure » et ceux constituant une « forme de vie inférieure », qui, dans le dernier cas, sont définis par le CCCB comme étant unicellulaires.

(4) Others divide the universe between *prokaryotic* cells (e.g., bacteria and certain forms of algae) and *eukaryotic* cells (more complex life forms) and consider "higher" life forms to start only with more "complex" multicellular organisms.

(5) The Patent Appeal Board allowed multicelled organisms such as moulds and fungi in *Connaught Laboratories*, *supra*.

(6) Some argue that "complex life forms" are unpatentable. Nadon J. took this position at trial in this case, [1998] 3 F.C. 510, at para. 35.

(7) The Commissioner issues patents for genetically modified complex plants (*Monsanto*, *supra*) but refuses to issue a patent for a genetically modified complex mouse.

(8) Others draw the line at sentient beings.

(9) Still others draw the line at "intelligent" beings.

(10)The Commissioner opened his argument in this case by asking whether "a complex, intelligent, living being could be considered an invention".

In my view, none of these proposed dividing lines arise out of the present text of the *Patent Act*. All of them are policy driven and, if they are to be introduced at all, should be introduced by Parliament.

The Federal Court of Appeal and CBAC drew the line at human bodies in their entirety at any stage of development, as discussed below. The true basis for the exclusion is not extraneous to the *Patent Act* but lies in an explicit limitation in s. 40 which provides that:

(4) D'autres partagent l'univers entre les cellules *procaryotes* (par exemple, les bactéries et certaines formes d'algue) et les cellules *eucaryotes* (formes de vie plus complexes), et considèrent que les formes de vie « supérieures » ne commencent qu'à partir des organismes pluricellulaires plus « complexes ».

(5) Dans la décision *Connaught Laboratories*, précitée, la Commission d'appel des brevets a jugé brevetables des organismes multicellulaires comme les moisissures et les champignons.

(6) D'aucuns soutiennent que les « formes de vie complexes » ne sont pas brevetables. Le juge Nadon a adopté ce point de vue en première instance, [1998] 3 C.F. 510, par. 35.

(7) Le commissaire délivre des brevets pour des plantes complexes génétiquement modifiées (*Monsanto*, précité), mais refuse de le faire pour une souris complexe génétiquement modifiée.

(8) D'autres tracent la ligne de démarcation entre les êtres doués de sensation et les êtres non doués de sensation.

(9) D'autres encore tracent la ligne de démarcation entre les êtres intelligents et les êtres non intelligents.

(10)Le commissaire a commencé sa plaidoirie en l'espèce en se demandant si [TRADUCTION] « un être vivant complexe et intelligent pouvait être considéré comme étant une invention ».

53 Selon moi, aucune de ces lignes de démarcation proposées ne ressort du texte actuel de la Loi sur les brevets. Elles reposent toutes sur des considérations de politique générale et, s'il y a lieu de les adopter, il appartient au législateur de le faire.

54 La Cour d'appel fédérale et le CCCB ont déclaré non brevetable le corps humain en entier, à quelque étape que ce soit de son développement, comme nous le verrons plus loin. Cette exclusion n'est pas sans rapport avec la *Loi sur les brevets*, mais s'appuie, en réalité, sur une restriction explicite de l'art. 40, dont voici le texte :

40. Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application . . . . [Emphasis added.]

40. Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande . . . [Emphasis added.]

The reference to "by law" is not limited to the *Patent Act* itself (as the French version "*fondé en droit*" makes clear). It has been established for over 200 years that people cannot, at common law, own people: *Somerset v. Stewart* (1772), Lofft 1, 98 E.R. 499 (K.B.). The issue of whether a human being is a "composition of matter" does not, therefore, arise under the *Patent Act*. If further reinforcement is required, ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would clearly prohibit an individual from being reduced to a chattel of another individual.

55 The situation here bears some resemblance to *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, a copyright case, where this Court refused to read an "implied exception to the literal meaning" (p. 480) of the broad rights given to copyright holders in s. 3(1)(*d*) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. McLachlin J. (as she then was) stated that "policy considerations suggest that if such a change is to be made to the Act it should be made by the legislature, and not by a forced interpretation" (p. 485). And so it is in this case too.

56 The difference between the Commissioner and the CBAC is that the Commissioner wants the judges to read down the word "matter" to include only a subdivision of "matter" whereas the CBAC is making its proposal to the government, and through the government to Parliament, which is the proper forum in which such restrictions or regulatory structures should be debated and resolved.

40. Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande . . . [Je souligne.]

40. Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application . . . . [Je souligne.]

L'expression « *by law* » utilisée en anglais ne vise pas seulement la *Loi sur les brevets* elle-même (comme le démontre clairement l'expression française « fondé en droit »). En common law, il est établi depuis plus de deux cents ans qu'une personne ne peut pas posséder une autre personne : *Somerset c. Stewart* (1772), Lofft 1, 98 E.R. 499 (B.R.). La question de savoir si un être humain est une « composition de matières » ne se pose donc pas dans la *Loi sur les brevets*. Au cas où un appui supplémentaire serait nécessaire, il convient de mentionner qu'il est clair que les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdiraient qu'une personne ne devienne la propriété d'une autre personne.

La situation en l'espèce s'apparente à celle qui existait dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, une affaire de droit d'auteur, où notre Cour a refusé de considérer qu'il existait une « exception implicite au sens littéral » (p. 480) des droits généraux conférés au titulaire du droit d'auteur par l'al. 3(1)*d*) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a affirmé que « des considérations de politique indiquent que s'il faut apporter cette modification à la Loi, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d'une interprétation forcée » (p. 485). La même affirmation s'applique en l'espèce.

Le commissaire se démarque du CCCB en ce sens qu'il demande aux tribunaux de donner au mot « matières » une interprétation atténuée de façon à n'englober qu'une catégorie secondaire de « matières », tandis que le CCCB adresse sa proposition au gouvernement et, par l'intermédiaire de ce dernier, au Parlement qui est l'instance compétente pour débattre ces restrictions ou régimes de réglementation et pour se prononcer à leur sujet.

(iii) "*Manufacture*"

The inventors argued that the oncomouse falls within the *extended* definition of "manufacture" in s. 2. I do not accept that view, but the submission is of significance in terms of the correct approach to the interpretation of the *Patent Act*. The English law of patents finds its root in the *Statute of Monopolies* (1623), which defined the permissible subject matter for a patent in a rather limited way as the "sole working or makinge of any manner of new Manufactures" (s. 6). The definitional approach adopted by my colleague, Bastarache J., leads him to define "manufacture" in the context of the present s. 2 of the Act as "a non-living mechanistic product or process" (para. 159). However, the tradition of patent jurisprudence has been expansive, not restrictive. By 1851 the learned text *Godson on Patents* (2nd ed.) noted that the word "manufactures" had received from the English courts "very extended signification. It has not, as yet, been accurately defined; for the objects which may possibly come within the spirit and meaning of that act, are *almost infinite*" (p. 35 (emphasis added)).

Of course the word "manufacture" in our statute appears in conjunction with the words "art, . . . machine . . . or composition of matter" and must be read in context. Nevertheless, it is, I think, worth pointing out the contrast between the expansionist view that has characterized patent jurisprudence to date and the limiting view of the words "manufacture" and "composition of matter" now proposed by my colleague.

We should not encourage the Commissioner to try to circle each of the five definitional words with tight language that creates arbitrary gaps between, for example, "manufacture" and "composition of matter" through which useful inventions can fall out of the realm of patentability. To do so would conflict with this Court's earlier expression of a

(iii) « *Fabrication* »

57 Les inventeurs ont fait valoir que l'oncosouris relève de la définition *élargie* du mot « fabrication » figurant à l'art. 2. Je ne suis pas de cet avis, mais cet argument revêt une certaine importance sur le plan de l'approche à adopter en matière d'interprétation de la *Loi sur les brevets*. Le droit anglais des brevets émane du *Statute of Monopolies* de 1623, qui définissait l'objet brevetable d'une façon plutôt limitée comme étant le [TRADUCTION] « seul fonctionnement ou la seule création de quelque nouveau produit manufacturé (*new manufactures*) » (art. 6). L'approche que mon collègue le juge Bastarache adopte en matière de définition l'amène à définir le mot « fabrication », dans le contexte de l'art. 2 actuel de la Loi, comme étant « un produit ou un procédé mécanique non vivant » (par. 159). Cependant, la jurisprudence en matière de brevet prône traditionnellement le sens élargi et non le sens restrictif. Dès 1851, l'ouvrage intitulé *Godson on Patents* (2e éd.) signalait que les tribunaux anglais avait donné du mot « *manufactures* » (« produits manufacturés ») [TRADUCTION] « une interprétation très large. En réalité, il n'a pas encore été défini de manière précise; les objets susceptibles d'être visés éventuellement par l'esprit et le sens de cette loi sont *presque infinis* » (p. 35 (italiques ajoutés)).

58 Il est évident que, dans notre loi, le mot « fabrication » (« *manufacture* ») est utilisé conjointement avec les termes « réalisation, [. . .] machine, [. . .] ou composition de matières » et doit être interprété dans ce contexte. J'estime néanmoins qu'il vaut la peine de souligner le contraste entre, d'une part, le point de vue favorable à l'interprétation libérale qui, jusqu'à maintenant, a caractérisé la jurisprudence en matière de brevets et, d'autre part, la conception restrictive des mots « fabrication » et « composition de matières» que propose maintenant mon collègue.

59 Nous ne devrions pas encourager le commissaire à tenter de circonscrire chacun des cinq termes de la définition au moyen d'un langage précis qui crée entre eux (par exemple, entre « fabrication » et « composition de matières ») des fossés arbitraires susceptibles d'entraîner la non-brevetabilité d'inventions utiles. Agir ainsi irait à l'encontre

"judicial anxiety to support a really useful invention": *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 521, citing *Hinks & Son v. Safety Lighting Co.* (1876), 4 Ch. D. 607. The definition of invention should be read as a whole and expansively with a view to giving protection to what is novel and useful and unobvious.

du « souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile », dont a déjà parlé notre Cour : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 521, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), citant la décision *Hinks & Son c. Safety Lighting Co.* (1876), 4 Ch. D. 607. La définition du mot « invention » doit être interprétée globalement et de manière libérale afin de protéger ce qui est nouveau, utile et non évident.

H. Negative Inference from the *Plant Breeders' Rights Act*

H. Inférence négative découlant de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*

60 The Commissioner argues that we should take from the passage in 1990 of the *Plant Breeders' Rights Act*, S.C. 1990, c. 20, the negative inference that plants were not intended by Parliament to be patentable under the *Patent Act*. (I leave aside, for present purposes, the Commissioner's inconsistency in issuing a patent for Roundup Ready Canola in 1993, three years after the *Plant Breeders' Rights Act* was enacted — see *Monsanto*, *supra*.) From this questionable premise, the Commissioner reasons that, if plants are not patentable subject matter, the exclusion must also apply to other "higher life forms" such as seeds and animals, all of which are able to reproduce themselves. When *Pioneer Hi-Bred* was before the Federal Court of Appeal, Marceau J.A. expressed the view that, if Parliament had intended to include plants in the *Patent Act*, he would have expected that in the definition of invention in s. 2 "words such as 'strain', 'variety' or 'hybrid' would have appeared" ([1987] 3 F.C. 8, at p. 14).

Le commissaire prétend que nous devrions inférer de l'adoption, en 1990, de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20, que le législateur ne voulait pas que les plantes soient brevetables en vertu de la *Loi sur les brevets*. (Je fais abstraction, pour les besoins du présent pourvoi, de l'incohérence démontrée par le commissaire en délivrant un brevet pour le canola Roundup Ready en 1993, trois ans après l'adoption de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* — voir *Monsanto*, précité.) Le commissaire part de cette prémisse discutable pour affirmer que, si les plantes ne peuvent pas être brevetées, il doit en être de même des autres « formes de vie supérieures » comme les graines et les animaux, qui sont tous capables de se reproduire. Au moment où la Cour d'appel fédérale était saisie de l'affaire *Pioneer Hi-Bred*, le juge Marceau a exprimé l'avis que, si le législateur avait voulu que les plantes soient visées par la *Loi sur les brevets*, on se serait attendu à ce qu'il formule, à l'art. 2, une définition du mot « invention » dans laquelle « auraient figuré des mots comme "lignée", "variété" ou "hybride" » ([1987] 3 C.F. 8, p. 14).

61 I do not accept this argument. Firstly, there is nothing in the *Plant Breeders' Rights Act* that expressly bars an application under the *Patent Act*, which confers much more exclusive and valuable rights. The *Plant Breeders' Rights Act* grants protection for 18 years on the sale and propagation for sale of enumerated new plant varieties — cultivars, clones, breeding lines, or hybrids that can be cultivated. The plant breeder pays "annual maintenance fees and [must] provide propagating material throughout the term of [protection]. The right does

Je rejette cet argument. Premièrement, rien dans la *Loi sur la protection des obtentions végétales* n'interdit expressément les demandes fondées sur la *Loi sur les brevets* qui confère des droits beaucoup plus exclusifs et d'une valeur beaucoup plus grande. La *Loi sur la protection des obtentions végétales* protège, pour une période de 18 ans, la vente et la multiplication aux fins de vente des nouvelles variétés végétales énumérées — cultivars, clones, lignées ou hybrides susceptibles d'être cultivés. L'obtenteur d'une variété végétale

not prevent the development of different varieties from protected plants or the use of seeds taken from protected varieties": D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), at p. 126. As to the legislative purpose of the *Plant Breeders' Rights Act*, I agree with my colleague, Bastarache J., when he writes, at para. 192:

> [I]t may well be that the *Plant Breeders' Rights Act* was passed not out of recognition that higher life forms are not a patentable subject matter under the *Patent Act*, but rather out of recognition that plant varieties deserve some form of intellectual property protection despite the fact that they often do not meet the technical criteria of the *Patent Act*.

The rights available under the *Plant Breeders' Rights Act* fall well short of those conferred by patent, both in comprehensiveness and in duration.

Secondly, to address the comment of Marceau J.A., use of specific terms such as "strain" or "hybrid" would undermine the generality that s. 2 seeks to achieve by use of the term "composition of matter".

Thirdly, the *Patent Act* language reaches back (as stated) prior to Confederation. This particular argument suggests that a "negative inference", arising when the plant legislation was enacted in 1990, should somehow be read back to narrow a definition that had at that time been in effect more than a century. This would amount to a repeal by implication, and would necessarily require an inconsistency between the two pieces of legislation. There is no such inconsistency. Rights acquired under both Acts can live together. Similar arguments were rightly rejected by the United States Supreme Court in *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 122 S. Ct. 593 (2001).

verse une [TRADUCTION] « taxe annuelle et [doit] fournir le matériel de multiplication pendant toute la durée de [la protection]. Le droit accordé n'empêche pas le développement de variétés différentes à partir des plantes protégées ni l'emploi de graines provenant de variétés protégées » : D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-Marks* (1997), p. 126. Quant à l'objet de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, je partage le point de vue de mon collègue le juge Bastarache, au par. 192 :

> [I]l se peut bien que la *Loi sur la protection des obtentions végétales* ait été adoptée non pas en reconnaissance du fait que les formes de vie supérieures ne constituent pas un objet brevetable au sens de la *Loi sur les brevets*, mais plutôt en reconnaissance du fait que les variétés végétales méritent une certaine forme de protection en matière de propriété intellectuelle même si, souvent, elles ne satisfont pas aux critères techniques de la *Loi sur les brevets*.

Sur le plan de la portée générale et de la durée, les droits offerts par la *Loi sur la protection des obtentions végétales* sont bien loin de correspondre à ceux conférés par un brevet.

62 Deuxièmement, en ce qui concerne le commentaire du juge Marceau, l'emploi de termes précis comme « lignée » ou « hybride » minerait le caractère général que l'art. 2 veut se donner par l'utilisation de l'expression « composition de matières ».

63 Troisièmement, le libellé de la *Loi sur les brevets* date, comme nous l'avons vu, d'avant la Confédération. Suivant cet argument, une « inférence négative » remontant à l'adoption de la loi sur les végétaux en 1990 devrait en quelque sorte s'appliquer rétroactivement de manière à réduire la portée d'une définition qui, à l'époque, datait de plus d'un siècle. Cela constituerait une abrogation implicite et requerrait nécessairement l'existence d'une incompatibilité entre les deux lois. Une telle incompatibilité n'existe pas. Les droits conférés par les deux lois peuvent coexister. La Cour suprême des États-Unis a rejeté, à juste titre, des arguments similaires dans l'arrêt *J.E.M. Ag Supply, Inc. c. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 122 S. Ct. 593 (2001).

I. Nature of Rights Granted by a Patent

64 A patent does not exempt the owner from any relevant regulation or prohibition. While s. 44 (now s. 42) of the *Patent Act* gives the owner, as against the rest of the world, "the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used" (emphasis added), and in that respect is framed as a positive right, its effect is essentially to prevent others from practising an invention that, but for the patent monopoly, they would be permitted to practise. In exchange for disclosure to the public, the patent protects the disclosed information from unauthorized use for a limited time.

65 The limited nature of the rights conferred by a patent was fully appreciated by CBAC in its Interim Report, *Biotechnology and Intellectual Property: Patenting of Higher Life Forms and Related Issues* (November 2001), at p. vi:

> It is crucial for rational debate on questions related to what should or should not be patentable to recognize that patents confer only prohibitive rights. The Canadian patent system is not designed to decide about what uses of technology are permissible nor is the *Patent Act* designed to prevent dangerous or ethically questionable inventions from being made, used, sold or imported. The responsibility and tools for dealing with such matters resides elsewhere (e.g., through regulatory approval or product safety processes). [Emphasis added.]

I agree with this observation. This is not to say that patents are "neutral", or have no link to the ethical and social issues raised by the interveners. It is to say that those issues transcend the narrow question of patentability circumscribed by ss. 2 and 40 of the *Patent Act*.

J. A Working Definition of "Life"

66 The subtext of much of the argument for the appellant Commissioner and his supporters invokes Dolly the cloned sheep and the potential of

I. Nature des droits conférés par un brevet

Un brevet ne soustrait pas son titulaire à l'application de toute réglementation ou interdiction pertinente. Bien qu'il confère au seul titulaire d'un brevet « le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention » (je souligne), et qu'il soit formulé, à cet égard, comme un droit positif, l'art. 44 (maintenant art. 42) de la *Loi sur les brevets* a essentiellement pour effet d'empêcher les autres d'exploiter l'invention comme ils pourraient le faire n'était-ce le monopole conféré par le brevet. En contrepartie de la divulgation publique, le brevet empêche, pendant une période déterminée, l'utilisation non autorisée de l'information divulguée.

Dans son rapport provisoire intitulé *La biotechnologie et la propriété intellectuelle : La brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes* (novembre 2001), p. vii, le CCCB s'est rendu parfaitement compte du caractère limité des droits conférés par un brevet :

> Pour s'assurer d'un débat rationnel sur les questions touchant à ce qui est ou n'est pas brevetable, il importe de reconnaître que le brevet n'accorde que des droits prohibitifs. Le régime canadien des brevets n'a pas été conçu pour décider des usages que l'on peut faire d'une technologie donnée, pas plus que la *Loi sur les brevets* n'a été conçue pour empêcher que des inventions dangereuses ou discutables sur le plan éthique puissent être faites, utilisées, vendues ou importées. La responsabilité et les outils pour ce faire relèvent d'autres mécanismes (p. ex., l'approbation réglementaire et les processus portant sur la salubrité des produits). [Je souligne.]

Je souscris à cette observation. Cela ne veut pas dire que les brevets sont « neutres » ou n'ont aucun lien avec les questions d'ordre éthique et social soulevées par les intervenants. Cela signifie que ces questions transcendent la question stricte de la brevetabilité que délimitent les art. 2 et 40 de la *Loi sur les brevets*.

J. Une définition pratique de la « vie »

Une bonne partie de l'argumentation du commissaire appelant et de ceux qui l'appuient renvoie implicitement à Dolly, la brebis clonée, et au risque

eugenics and "designer" human beings. However, the scientific notion of life begins at a much lower level. There is a good deal of debate about what constitutes "life" but some consensus about a few of its characteristics. These include the capacity to grow and develop (including reproduction), i.e., a metabolism, the ability of an organism to draw energy from its environment for this purpose, and the ability to respond to stimuli. Other characteristics are sometimes added. For example, the Massachusetts Institute of Technology, in designing its probe for extraterrestrial "life", suggests that the definition of live organisms includes their tendency to ensure self-preservation, and that they be significantly differentiated from their surrounding environment.

d'eugénisme et de création d'êtres humains « sur mesure ». Toutefois, du point de vue scientifique, la vie commence à un stade bien inférieur. La définition de la « vie » suscite bien des débats, mais un certain consensus se dégage au sujet de quelques-unes de ses caractéristiques, dont la capacité de croître et de se développer (y compris la reproduction), c'est-à-dire l'existence d'un métabolisme, la capacité d'un organisme de puiser, à cette fin, de l'énergie dans son environnement et la capacité de réagir à des stimuli. D'autres caractéristiques s'ajoutent parfois. Par exemple, le Massachusetts Institute of Technology indique, au moment de concevoir une sonde destinée à vérifier s'il existe des « formes de vie » extraterrestres, qu'un organisme vivant a tendance à assurer sa propre conservation et se différencie nettement de son milieu ambiant.

Life is no less wondrous at the microscopic level, and to think of "life" primarily in terms of dolphins, chimpanzees and blue whales (examples urged by the appellant Commissioner in the oral hearing) is something of an oversimplification.

67 La vie n'est pas moins merveilleuse à l'état microscopique, et il est quelque peu simpliste de considérer que la « vie » se limite au dauphin, au chimpanzé et au rorqual bleu (exemples donnés par le commissaire au cours de l'audience).

Some of the interveners objected to Harvard claiming credit for inventing a form of life. The Canadian Council of Churches and Evangelical Fellowship of Canada protested that the analysis of Rothstein J.A. "is built on a false premise that this [oncomouse] was a new form of life. It is not". That is true, of course. Harvard did not construct the mouse from scratch, nor did it create "life". What it did was to modify the genome of the oncomouse so that every cell in its body contained a modified gene. It is not like adding a new and useful propeller to a ship. The oncogene is everywhere in the genetically modified oncomouse, and it is this important modification that is said to give the oncomouse its commercial value, which is what interests the *Patent Act*.

68 Certains intervenants s'opposent à ce que Harvard s'attribue l'invention d'une forme de vie. Le Conseil canadien des Églises et l'Alliance évangélique du Canada soutiennent que l'analyse du juge Rothstein [TRADUCTION] « s'appuie sur la prémisse erronée que cette [oncosouris] est une nouvelle forme de vie, ce qu'elle n'est pas ». Ils ont évidemment raison. Harvard n'a pas conçu la souris à partir de zéro, ni créé une « forme de vie ». Ses chercheurs ont modifié le génome de l'oncosouris afin qu'un gène modifié se retrouve dans chacune des cellules de son corps. Cela ne se compare pas au fait d'ajouter à un navire une hélice nouvelle et utile. L'oncogène se retrouve partout dans l'oncosouris génétiquement modifiée, et c'est cette modification importante qui, dit-on, confère à l'oncosouris une valeur commerciale, ce à quoi s'intéresse la *Loi sur les brevets*.

The point is that Harvard is not being credited with inventing life. It claims to have modified every cell of a living creature in a new and useful way, and to the extent that modification is a valuable addition to the advancement of learning, Harvard claims only

69 L'idée est qu'on n'attribue pas à Harvard l'invention d'une forme de vie. Harvard prétend avoir modifié chacune des cellules d'une créature vivante d'une manière nouvelle et utile et, dans la mesure où cette modification contribue de manière appréciable

whatever rewards the *Patent Act* entitles it to for its disclosure.

K. The Ongoing Parliamentary Process in Canada

70 The appellant Commissioner of Patents invites the Court to intervene in the debate about a proper legal framework for genetic research (or hasten its conclusion prematurely) that is already underway in the government and in Parliament. None of the parties suggested that the *Patent Act* was an adequate vehicle to deal with biotechnology in general or the ethical issues arising from research into "higher life forms" (however defined) in particular. Patent rights are such a limited aspect of the debate that one would not expect to find such comprehensive regulation jammed into the *Patent Act*.

71 Parliament seems to be of that view. On May 9, 2002, as mentioned, the Minister of Health introduced into Parliament the *Assisted Human Reproduction Act* based in part on the work of CBAC. In its recent report dated June 2002, the CBAC accepted that life forms come within the definition of "invention" of the present patent legislation, and recommended that life forms *continue* to be patentable, but proposed an express exception in the case of *human* life as follows (at p. x):

No patent shall be granted on human bodies at any stage of development.

This, as earlier stated, is consistent with both the common law and the *Charter*. Such an amendment, the CBAC reasoned, at p. 9, would

apply only to entire human bodies from the zygote to an adult body; DNA sequences, gametes, stem and other cells, or organs will remain patentable. [Emphasis added.]

72 The CBAC emphasized that its proposed exemption related to the "whole human body and not . . . its parts" (for example, artificially created human organs), and intended the proposed exception to be

à l'avancement de la science, Harvard ne sollicite, en échange de sa divulgation, que la récompense à laquelle il a droit en vertu de la *Loi sur les brevets*.

K. Le débat parlementaire en cours au Canada

L'appelant, le commissaire aux brevets, invite la Cour à intervenir dans le débat déjà engagé au gouvernement et au Parlement sur l'encadrement juridique approprié de la recherche génétique (ou à y mettre fin prématurément). Aucune des parties n'a laissé entendre que la *Loi sur les brevets* était le vecteur approprié pour régir la biotechnologie en général ou les questions d'ordre éthique que soulève la recherche sur les « formes de vie supérieures » (quelle qu'en soit la définition) en particulier. Les droits conférés par brevet représentent un aspect si limité du débat que nul ne s'attendrait à ce qu'une réglementation aussi exhaustive soit entassée dans la *Loi sur les brevets*.

Le législateur paraît être de cet avis. Comme nous l'avons vu, le 9 mai 2002, le ministre de la Santé a déposé au Parlement la *Loi sur la procréation assistée* fondée en partie sur les travaux du CCCB. Dans son récent rapport de juin 2002, le CCCB reconnaît que les formes de vie sont visées par la définition que la loi actuelle sur le brevet donne du mot « invention », et il recommande qu'elles *demeurent* brevetables, tout en proposant une exception explicite dans le cas de la vie *humaine* (à la p. x) :

Aucun brevet ne peut être accordé à l'égard des corps humains à quelque étape que ce soit de leur développement.

Comme nous l'avons déjà vu, cette exception est compatible à la fois avec la common law et avec la *Charte*. Selon le CCCB (à la p. 10), une telle modification

ne s'appliquera[it] qu'au corps humain en son entier, du zygote à l'adulte; les séquences d'ADN, les gamètes, les cellules souches et autres, ou les organes demeureront brevetables. [Je souligne.]

Le CCCB précise que l'exception proposée vise « le corps humain dans son ensemble plutôt que [. . .] ses parties constituantes » (par exemple, des organes humains développés artificiellement) et

"read narrowly" (p. 9). "It is important" opines the CBAC, "not to discourage research on stem cells and the creation of artificial organs" (p. 9). The CBAC recommended *against* extending non-patentability to non-human animals (which again presumes that under the current *Patent Act* non-human animals are patentable). The *Patent Act* is "not a sufficiently subtle instrument" for those evaluations, and the "dignity of and respect for animals can be better protected through animal welfare and habitat protection measures" (p. 10).

qu'elle doit être interprétée « dans un sens bien circonscrit » (p. 10). Il ajoute qu'« [i]l est important de procéder de cette façon pour ne pas décourager la recherche sur les cellules souches et le développement d'organes artificiels » (p. 10). Il s'*oppose* à ce que la non-brevetabilité s'étende aux animaux non humains (ce qui suppose, là encore, que les animaux non humains sont brevetables en vertu de la *Loi sur les brevets* actuelle). Cette loi « n'est pas un instrument suffisamment pointu » pour permettre ces évaluations, et la « dignité et le respect des animaux peuvent être mieux protégés par l'entremise de dispositions sur le bien-être des animaux et la protection des habitats » (p. 11).

The majority of the CBAC also concluded that the "overall public good is best attained by providing patent rights over higher life forms, provided that these rights are no greater in substance than those granted over other inventions, taking into account the particularities of biologically based inventions" (p. 11). Given that one of those particularities is the ability to reproduce, among other characteristics, the CBAC states that this recommendation must be read together with several other recommendations, including the farmers' privilege, protection for innocent bystanders, research and experimental use exception, guidelines for biological inventions, and establishment of an opposition procedure.

73 Le CCCB a également conclu, à la majorité, que « le bien commun dans son ensemble est maximisé en acceptant que des droits soient conférés par brevet sur les formes de vie supérieures en autant qu'ils n'aient pas davantage d'ampleur que ceux accordés à d'autres inventions, en tenant compte des particularités des inventions à fondements biologiques » (p. 13). Étant donné que l'une de ces particularités est notamment la capacité de reproduction, le CCCB affirme que cette recommandation doit être interprétée conjointement avec plusieurs autres recommandations, dont le privilège des agriculteurs, la protection des contrevenants innocents, l'exception pour les recherches et l'utilisation expérimentale, les directives pour les inventions biologiques et l'établissement d'une procédure d'opposition.

It is not our job to comment on the CBAC proposals one way or the other except to say that they are directed to the proper destination — the legislators.

74 Il ne nous appartient pas de commenter dans un sens ou dans l'autre les propositions du CCCB, si ce n'est pour dire qu'elles s'adressent à l'instance compétente, le législateur.

L. Policy Arguments Against Granting a Patent for the Oncomouse

L. Arguments de politique générale militant contre la brevetabilité de l'oncosouris

The appellant Commissioner contends that the Federal Court of Appeal showed no understanding that this case is a "harbinger of a new era". The majority judgment, he says, looked narrowly at the case but failed to consider the broader context. What may have appeared as a small step for the oncomouse was, so to speak, a very large policy leap for patentability. Nevertheless, we must deal with the *Patent Act* as it is. Change ought to come through

75 Le commissaire appelant soutient que la Cour d'appel fédérale n'a pas su voir, dans la présente affaire, le [TRADUCTION] « présage d'une nouvelle ère ». Il ajoute que les juges majoritaires ont examiné de près l'affaire, mais sans tenir compte du contexte général. Ce qui pouvait sembler être un petit pas dans le cas de l'oncosouris était, pour ainsi dire, un pas de géant sur le plan de la politique générale en matière de brevetabilité. Cependant, nous

statutory amendment, not by the Court reading down the *Patent Act* to exclude non-human "higher life forms" from patentability by creative statutory interpretation.

76 The Court heard from a coalition of advocates opposed to the granting of a patent, including religious, environmentalist, agricultural, and non-profit research groups in addition to the concerns voiced by the Commissioner himself.

(i) *The Religious Objection*

77 Some opponents object to scientists "playing God". A hint, perhaps, of their objection is reflected in the reasons of my colleague, Bastarache J., at para. 163:

> Although some in society may hold the view that higher life forms are mere "composition[s] of matter", the phrase does not fit well with common understandings of human and animal life.

78 I do not think that a court is a forum that can properly debate the mystery of mouse life. What we know, in this case, is that the inventors were able to modify a particular gene in the oncomouse genome, and produce a new, useful and unobvious result. That is all we know about the mysteries of oncomouse life and, in my view, it is all we need to know for the purposes of this appeal.

(ii) *The "Lack of Regulatory Framework" Objection*

79 As already mentioned, much of the Commissioner's argument turned on the lack of the regulatory framework that is necessary, he says, to address the ethical and scientific issues raised by genetic research. The argument is that because in his view genetic patents should be regulated, and because the *Patent Act* fails to do the job, Parliament cannot in 1869 have intended to grant patents for genetically engineered "higher" life forms. My

devons appliquer la *Loi sur les brevets* telle qu'elle existe. Tout changement devrait découler d'une modification de la Loi et non résulter d'une interprétation atténuée ingénieuse que la Cour donnerait de la *Loi sur les brevets* de façon à soustraire à la brevetabilité les « formes de vie supérieures » non humaines.

Outre les préoccupations exprimées par le commissaire lui-même, notre Cour a entendu une coalition d'opposants à la délivrance d'un brevet, y compris des groupes religieux et des groupes d'environnementalistes, d'agriculteurs et de recherche sans but lucratif.

(i) *L'objection d'ordre religieux*

Certains critiques s'opposent à ce que les scientifiques jouent les « apprentis sorciers ». Mon collègue le juge Bastarache fait peut-être allusion à cette objection lorsqu'il affirme ce qui suit, au par. 163 :

> Même si, dans la société, d'aucuns peuvent prétendre que les formes de vie supérieures ne sont que des « composition[s] de matières », cette expression ne cadre pas bien avec l'idée que l'on se fait habituellement de la vie humaine et de la vie animale.

Je ne crois pas qu'une cour de justice soit l'instance appropriée pour débattre du mystère de la vie d'une souris. Ce que nous savons en l'espèce, c'est que les inventeurs ont été en mesure de modifier un gène du génome de l'oncosouris et de produire un résultat nouveau, utile et non évident. C'est tout ce que nous savons du mystère de la vie de l'oncosouris et, à mon sens, c'est tout ce que nous devons savoir pour les besoins du présent pourvoi.

(ii) *L'objection liée à l'« absence de réglementation »*

Comme nous l'avons vu, une bonne partie de l'argumentation du commissaire porte sur l'absence de la réglementation requise, selon lui, pour trancher les questions d'ordre éthique et scientifique que soulève la recherche génétique. Selon lui, étant donné que les brevets génétiques devraient être réglementés et que la *Loi sur les brevets* ne le fait pas, le législateur n'a pu vouloir, en 1869, que des brevets soient délivrés pour des formes de vie

colleague, Bastarache J., accepts this argument at para. 167, where he writes:

> . . . the fact that the *Patent Act* in its current state is ill-equipped to deal appropriately with higher life forms as patentable subject matter is an indication that Parliament never intended the definition of "invention" to extend to this type of subject matter.

With respect, I do not agree.

First, we all probably have strong views that certain activities or things should be regulated. Some say contraceptive devices should not be patented because their use is immoral and unregulated. Others might wish to deny patents to environmentally risky chemical compositions for which, in their view, there is no adequate regulation. On the other hand, others feel that the use of potentially dangerous inventions like explosives and firearms should *not* be regulated. I do not think patents should be denied as a protest against perceived shortcomings in regulatory structures. The opponents of such patents should address themselves to Parliament, not the courts. As Rand J. commented in *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46, at p. 57:

> . . . the intention of a legislature must be gathered from the language it has used and the task of construing that language is not to satisfy ourselves that as used it is adequate to an intention drawn from general considerations or to a purpose which might seem to be more reasonable or equitable than what the language in its ordinary or primary sense indicates. [Emphasis added.]

This passage was quoted with approval in a patent context by Pigeon J. in *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111, at p. 121, and again by Lamer J. in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, at p. 1643. What I consider to be the Commissioner's misinterpretation of s. 2 of the *Patent Act* proceeds, with respect, from "general considerations" of what he considers to be "reasonable

« supérieures » génétiquement modifiées. Mon collègue le juge Bastarache retient cet argument lorsqu'il écrit, au par. 167 :

> . . . le fait que, dans son état actuel, la *Loi sur les brevets* ne permet pas de traiter adéquatement les formes de vie supérieures en tant qu'objets brevetables est un signe que le législateur n'a jamais voulu que la définition du terme « invention » vise ce type d'objet.

En toute déférence, je ne partage pas ce point de vue.

80 Premièrement, nous avons probablement tous des opinions bien arrêtées selon lesquelles il y a lieu de réglementer certaines choses ou activités. D'aucuns croient que les moyens de contraception ne devraient pas être brevetés, parce que leur utilisation est immorale et non réglementée. D'autres pourraient souhaiter qu'il ne soit pas possible de breveter les composés chimiques dangereux pour l'environnement qui, à leur avis, ne sont pas assujettis à une réglementation suffisante. En revanche, certains considèrent que l'utilisation d'inventions susceptibles d'être dangereuses, comme les explosifs et les armes à feu, *ne* devrait *pas* être réglementée. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de refuser des brevets pour dénoncer les lacunes perçues en matière de réglementation. Les opposants à de tels brevets devraient s'adresser au législateur et non aux tribunaux. Comme l'a fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Commissioner of Patents c. Winthrop Chemical Co.*, [1948] R.C.S. 46, p. 57 :

> [TRADUCTION] . . . l'intention d'une législature doit se déduire des termes qu'elle a utilisés, et l'obligation d'interpréter ces termes ne consiste pas à nous convaincre qu'ils peuvent nous permettre d'en dégager une intention tirée de considérations d'ordre général ou un but qui semble plus raisonnable ou équitable que celui qu'ils indiquent dans leur sens ordinaire ou premier. [Je souligne.]

Cet extrait a été cité et approuvé par le juge Pigeon dans une affaire de brevet, à savoir *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111, p. 121, puis par le juge Lamer dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, p. 1643. En toute déférence, je considère que l'interprétation erronée que le commissaire donne de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets* découle des « considérations d'ordre

or equitable" regulation of a controversial area of biotechnology. His views may or may not reflect desirable public policy but they have nothing to do with "the language" used by Parliament in s. 2 of the *Patent Act*.

81 This is not to deny the importance of context as an aid to statutory construction. It is simply to say that a court has no mandate to deny patentability because of the novelty or the potential social, economic or cultural impact of an invention, whether it be nuclear technology in the 1950s, biotechnology in the 1990s, or reproductive technology in the year 2002.

82 Second, regulation necessarily follows, rather than precedes, the invention. No doubt most people would agree that nuclear technology requires regulation; yet the regulation could hardly have been anticipated in 1869, decades before Ernest Rutherford, while at McGill University, with Frederick Soddy, first formulated the theory of atomic disintegration. Prescription drugs are regulated, but the regulatory structure for new drug approval is not in the *Patent Act*. The grant of a patent does not allow the drug to be marketed. Nor should it. Health and safety are not, and never have been, the preoccupation of intellectual property legislation.

83 It is evident that there are as many areas of potential regulation as there are areas of invention. I think it is also evident that all of these regulatory regimes cannot and should not be put under the inadequate umbrella of the *Patent Act*. Parliament has shown a preference for using more specific statutes altogether outside the framework of patent law. This allows Parliament to tailor the statutory scheme and relevant incentives more precisely to the subject matters involved. Such collateral legislative activity, however, does not justify "reading

général » que représente sa conception d'une réglementation « raisonnable ou équitable » d'un secteur controversé de la biotechnologie. Peu importe qu'il reflète ou ne reflète pas une politique d'intérêt public souhaitable, son point de vue n'a rien à voir avec les « termes » employés par le législateur à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*.

Ce n'est pas là nier l'importance du contexte en matière d'interprétation législative. Cela signifie simplement que les tribunaux ne sont pas habilités à soustraire une invention à la brevetabilité en raison de sa nouveauté ou de ses répercussions possibles sur les plans social, économique et culturel, qu'il s'agisse de la technologie nucléaire au cours des années 50, de la biotechnologie pendant les années 90 ou des techniques de reproduction en 2002.

Deuxièmement, la réglementation suit nécessairement l'invention au lieu de la précéder. La plupart des gens conviendraient sans doute qu'il est nécessaire de réglementer la technologie nucléaire; encore est-il que cette réglementation n'était guère prévisible en 1869, des décennies avant qu'Ernest Rutherford, alors à l'Université McGill, ne formule pour la première fois, avec Frederick Soddy, la théorie de la désintégration atomique. Les médicaments sur ordonnance sont réglementés, mais la *Loi sur les brevets* ne comporte aucun régime de réglementation applicable à l'approbation d'un nouveau médicament. La délivrance d'un brevet n'autorise pas la mise en marché du médicament et elle ne doit pas le faire non plus. La santé et la sécurité ne sont pas et n'ont jamais été des sujets de préoccupation en matière de législation sur la propriété intellectuelle.

De toute évidence, les domaines de réglementation éventuelle sont aussi nombreux que les domaines d'invention. Il est également évident que tous ces régimes de réglementation ne peuvent et ne doivent pas se situer dans le cadre inadéquat de la *Loi sur les brevets*. Le législateur a préféré adopter des lois particulières indépendantes du droit des brevets, ce qui lui permet de mieux adapter le régime législatif et les mesures incitatives à l'objet en cause. J'estime, cependant, qu'une telle activité législative accessoire ne justifie pas une « interprétation

down" the definition of "invention" in the *Patent Act*, in my opinion.

(iii) *The "Laws of Nature" Objection*

The appellant Commissioner rejected the oncomouse patent in part because the inventors exercised no control over the genetic characteristics of the mouse (hair colour, length of whiskers, etc.) except for the presence of the oncogene. Further, the Commissioner argued, the oncomouse is not reproducible *en masse* like bacteria. The trial judge upheld these objections. The animal resulting from the patented gene insertion process, he said, is "completely unknown and unknowable" because the mouse's "inherent genetic makeup" controls many characteristics and the whole mouse, *with the exception of the oncogene*, is completely independent of human intervention. This is true but not, in my opinion, relevant. The utility of the invention has nothing to do with the length of the mouse's whiskers. Its value, in terms of the patent, appears to reside wholly in the oncogene.

My colleague, Bastarache J., as stated, acknowledges that the fertilized genetically modified egg is patentable (para. 162) but accepts the Commissioner's argument that the oncomouse itself is unpatentable because it develops through the natural process of gestation (which everyone agrees was not invented by Harvard) without further "human intervention" (para. 162). Rothstein J.A. rejected this argument (at para. 121):

> Although the natural gestation process is required to allow the fertilized mouse egg to develop, this does not mean the organism ceases to become a "composition of matter" as it develops from the single-cell stage into an oncomouse. The founder oncomouse is therefore itself a composition of matter.

Counsel for the Commissioner says there is a world of difference between a fertilized single cell and the animal it becomes, but if the one is allowed, where is the cut-off point? At what point in the process of gestation does the

atténuée » de la définition du mot « invention » contenue dans la *Loi sur les brevets*.

(iii) *L'objection liée aux « lois de la nature »*

84 Le commissaire appelant a refusé de breveter l'oncosouris pour le motif, notamment, que, abstraction faite de la présence de l'oncogène, les inventeurs n'exerçaient aucun contrôle sur les caractéristiques génétiques de la souris (couleur du poil, longueur des moustaches, etc.). De plus, il a fait valoir que, contrairement aux bactéries, l'oncosouris n'est pas reproductible en grande quantité. Le juge de première instance a retenu ces objections. L'animal résultant du procédé breveté d'insertion du gène, a-t-il dit, est « entièrement inconnu et ne peut être prédit », parce que la « constitution génétique inhérente » de la souris comporte de nombreuses caractéristiques et que la souris en entier, *à l'exception de l'oncogène*, est complètement indépendante de toute intervention humaine. Cela est vrai, mais non pertinent, à mon avis. L'utilité de l'invention n'a rien à voir avec la longueur des moustaches de la souris. Sa valeur, sous l'angle de la brevetabilité, paraît résider entièrement dans l'oncogène.

85 Mon collègue le juge Bastarache, je le répète, reconnaît que l'œuf fécondé et génétiquement modifié est brevetable (par. 162), mais il retient l'argument du commissaire voulant que l'oncosouris elle-même ne soit pas brevetable du fait qu'elle résulte du processus de gestation naturelle (qui, de l'aveu de tous, n'a pas été inventé par Harvard), sans aucune autre « intervention humaine » (par. 162). Le juge Rothstein a rejeté cet argument (au par. 121) :

> Bien que le processus de gestation naturelle soit nécessaire pour permettre à l'œuf de souris fertilisé de se développer en oncosouris, l'organisme ne cesse pas pour autant de devenir une « composition de matières » au terme de sa transformation entre l'étape de la cellule unique et celle de l'oncosouris. L'oncosouris fondatrice est donc elle-même une composition de matières.

86 L'avocat du commissaire affirme qu'il y existe des disparités énormes entre une cellule unique fécondée et l'animal qui en résulte; toutefois, à supposer que la délivrance d'un brevet soit permise dans le premier cas, où se situe alors la ligne de

fertilized single cell *cease* to be a "composition of matter"?

87 Counsel for the Commissioner says that growth from a single fertilized cell to the complete mouse has nothing to do with the inventors and everything to do with the "laws of nature". This is true (although each cell of the live mouse contains the genetic modification), but this is scarcely a fatal objection. The "laws of nature" are an essential part of the working of many and probably most patented inventions. Patents on biotechnical processes such as fermentation, wholly dependent on the "laws of nature", were first issued in the early 1800s. Pharmaceutical drugs utilize the normal bodily processes and functions of animals and humans and are not on that account regarded as less patentable. The anti HIV-AIDS drug AZT ingested orally would achieve nothing were it not circulated and processed through the body by the "laws of nature". Indeed, the AZT pill, like the oncomouse, could not be brought into existence without reliance on "the laws of nature" in general and the processes of biochemistry in particular. In *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77, released concurrently, we uphold as valid the AZT patent despite the fact that AZT would lack utility (a statutory prerequisite to the issuance of a patent) unless the "laws of nature" arranged for it to "be absorbed into the human blood stream, make its way to the T-cells infected with HIV, enter the T-cells and inhibit the reproduction of the HIV infection without proving toxic to other cells, and demonstrate clinical improvement in the patient" (para. 20). Such natural processes, before, during and after the construction of the pill, are no more the creation of the AZT inventor than the gestation of an oncomouse (essential to *its* utility) is the creation of the Harvard inventors. An inventor whose invention harnesses the forces of nature is no less an inventor.

démarcation? À quelle étape du processus de gestation la cellule unique fécondée *cesse-t-elle* d'être une « composition de matières »?

L'avocat du commissaire affirme que la transformation de la cellule unique fécondée en une souris complète n'a rien à voir avec l'inventeur, mais dépend entièrement des [TRADUCTION] « lois de la nature ». Cela est exact (quoique la modification génétique soit présente dans chacune des cellules de la souris vivante), mais cette objection n'est guère fatale. Les « lois de la nature » sont un élément essentiel du fonctionnement de maintes inventions brevetées et probablement de la plupart de celles-ci. Les premiers brevets délivrés pour des procédés biotechniques, comme la fermentation, qui dépendent entièrement des « lois de la nature », remontent au début du XIX^{e} siècle. Les médicaments pharmaceutiques font appel aux fonctions et aux processus corporels normaux des animaux et des êtres humains et ne sont pas pour autant moins brevetables. Le médicament AZT utilisé dans le traitement du VIH/sida et administré par voie buccale n'aurait aucun effet s'il n'était pas diffusé et absorbé dans le corps conformément aux « lois de la nature ». En fait, l'existence du comprimé d'AZT, comme celle de l'oncosouris, n'aurait pas été possible sans le recours aux « lois de la nature » en général et aux procédés de la biochimie en particulier. Dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, 2002 CSC 77, rendu en même temps que le présent arrêt, nous confirmons la validité du brevet pour l'AZT malgré le fait que l'AZT serait inutile (l'utilité étant une condition légale préalable de la délivrance d'un brevet) si les « lois de la nature » ne permettaient pas qu'il soit « absorbé par le sang, [qu]'il attei[gne] les lymphocytes T infectés par le VIH, [qu]'il pénétr[e] dans les lymphocytes T et inhib[e] la reproduction de l'infection au VIH, sans se révéler toxique pour les autres cellules, et enfin [qu]'il contribu[e] à une amélioration clinique de la santé du patient ou de la patiente » (par. 20). Ces processus naturels, avant, pendant et après la fabrication du comprimé, ne sont pas plus le fait de l'inventeur de l'AZT que la gestation d'une oncosouris (essentielle à *son* utilité) n'est le fait des inventeurs de Harvard. L'inventeur dont l'invention met à profit les forces de la nature n'est pas moins un inventeur.

(iv) *The "De Minimis" Objection*

The Commissioner rather downplays the inventor's achievement. The implicit objection seems to be, "What's 1 gene in 30,000?" My colleague writes, at para. 163:

> A person whose genetic make-up is modified by radiation does not cease to be him or herself. Likewise, the same mouse would exist absent the injection of the oncogene into the fertilized egg cell; it simply would not be predisposed to cancer.

Such an argument, it seems to me, significantly understates the scientific achievement. The "modification" of the gene is not an add-on. Modification of even a single gene does not, with respect, leave the creature like "him or herself" or "the same mouse". Genetic modification is not like a haircut or a tonsillectomy. Modification or mutation of even a single gene can have colossal consequences. It is instructive, for example, to note the description of Tay-Sachs disease, mentioned earlier, which results in infantile deaths from the mutation of but a *single* gene:

> . . . a familial disease of infancy in which there is a progressive degeneration of nerve cells throughout the whole nervous system and in the retina. It is characterized clinically by progressive muscular weakness and paralysis, mental deterioration and blindness, usually leading to death in coma or convulsions towards the end of the second year.

(*Butterworths Medical Dictionary* (2nd ed. 1978), at p. 1496)

Any suggestion that a child with or without the mutant Tay-Sachs gene is "the same person" would seriously underestimate the power of the science that we are being asked to consider.

(v) *Ordre Public or Morality*

NAFTA and TRIPS each provide that contracting states may *exclude* from patentability inventions the exploitation of which would be contrary to *ordre*

(iv) *L'objection « de minimis»*

88 Le commissaire préfère minimiser l'importance de la réalisation de l'inventeur. Son objection implicite semble être : « Que représente un gène sur 30 000? » Mon collègue écrit, au par. 163:

> Une personne dont le patrimoine génétique est modifié par radiation ne cesse pas d'être elle-même. On peut dire aussi que la même souris existerait sans l'injection de l'oncogène dans la cellule de l'œuf fécondé; elle ne serait tout simplement pas prédisposée au cancer.

89 Un tel argument me paraît sous-estimer considérablement l'importance de la réalisation scientifique. La « modification » du gène n'est pas un ajout. En toute déférence, la modification ne serait-ce que d'un seul gène ne permet pas à la créature de rester « elle-même » ou « la même souris ». La modification génétique ne se compare pas à une coupe de cheveux ou à une amygdalectomie. La modification ou mutation ne serait-ce que d'un seul gène peut avoir des conséquences inouïes. Il est intéressant, par exemple, de relever la description de la maladie de Tay-Sachs mentionnée plus haut, qui provoque le décès d'enfants en bas âge en raison de la mutation d'un *seul* gène :

> [TRADUCTION] . . . maladie familiale qui touche les enfants en bas âge et qui provoque une dégénération progressive des cellules nerveuses de tout le système nerveux et de la rétine. Ses symptômes cliniques sont un relâchement musculaire progressif et la paralysie, ainsi qu'une déchéance intellectuelle et la cécité. La maladie se termine généralement par des crises spasmodiques ou un coma suivis du décès vers la fin de la deuxième année.

(*Butterworths Medical Dictionary* (2e éd. 1978), p. 1496)

Affirmer qu'un enfant porteur du gène mutant Tay-Sachs est « la même personne » qu'un enfant non porteur du gène serait sous-estimer gravement la puissance de la science qu'on nous demande d'examiner.

(v) *L'ordre public ou la moralité*

90 L'ALÉNA et l'ADPIC prévoient tous les deux que les États signataires peuvent *exclure* de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation

public (which seemingly equates to the protection of public security, the physical integrity of individuals as members of society, and the protection of the environment) or morality: *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* (1992), Can T.S. 1994 No. 2 (entered into force January 1, 1994), art. 1709(2); *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (April 15, 1994), 1869 U.N.T.S. 299, art. 27(2). The exclusion presupposes a general rule of patentability. Parliament has amended the *Patent Act* to take account of each of these agreements, but has chosen not to include such an exclusion from patentability in the *Patent Act*.

91 The *European Patent Convention* contains an *ordre public* exclusion from patentability, and the corresponding European "oncomouse" patent application was examined having specific regard to this exclusion. In its decision of April 3, 1992, the Examining Division of the European Patent Office stated the issue as follows:

> In the case at hand three different interests are involved and require balancing: there is a basic interest of mankind to remedy widespread and dangerous diseases, on the other hand the environment has to be protected against the uncontrolled dissemination of unwanted genes and, moreover, cruelty to animals has to be avoided. The latter two aspects may well justify regarding an invention as immoral and therefore unacceptable unless the advantages, i.e. the benefit to mankind, outweigh the negative aspects.
>
> (*Grant of European patent No. 0 169 762 (Oncomouse/Harvard)* (1992), OJ EPO 1992, 588, at pp. 591-92)

We do not possess such a "balancing" test in our *Patent Act*, though some thought must have been given to it when Parliament "opened up" the *Patent Act* for NAFTA and TRIPS-related amendments in 1994.

serait contraire à l'ordre public (ce qui équivaut apparemment à la protection de la sécurité publique, de l'intégrité physique des particuliers en tant que membres de la société et à la protection de l'environnement) ou à la moralité : *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (1992), R.T. Can. 1994 n° 2 (entré en vigueur le 1er janvier 1994), par. 1709(2); *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (15 avril 1994), 1869 R.T.N.U. 332, par. 27(2). Cette exception présuppose que la brevetabilité est la règle générale. Le législateur a modifié la *Loi sur les brevets* de manière à tenir compte de chacun de ces accords, mais il a choisi de ne pas y inclure une telle exception à la brevetabilité.

La *Convention sur le brevet européen* comporte une exception à la brevetabilité, fondée sur l'ordre public, et la demande correspondante de brevet européen pour l'« oncosouris » a été examinée précisément en fonction de cette exception. Dans sa décision du 3 avril 1992, la division d'examen de l'Office européen des brevets a formulé ainsi la question :

> Dans la présente espèce, trois intérêts différents sont en jeu et doivent être mis en balance; d'une part, il est de l'intérêt fondamental de l'humanité de vaincre les maladies très répandues et dangereuses; d'autre part, il faut protéger l'environnement contre la dissémination incontrôlée de gènes indésirables; de surcroît, il importe d'éviter toute cruauté envers les animaux. Les deux derniers aspects peuvent tout à fait justifier que l'on considère une invention comme contraire aux bonnes mœurs et donc non brevetable, lorsque ses avantages, c'est-à-dire les effets bénéfiques pour l'humanité, ne l'emportent pas sur les aspects négatifs.
>
> (*Délivrance du brevet européen 0 169 672 (Souris oncogène/Harvard)* (1992), JO OEB 1992, 588, p. 591-592)

Notre *Loi sur les brevets* n'établit pas un tel critère de « mise en balance », bien que le législateur ait dû y songer jusqu'à un certain point au moment où, en 1994, il a « ouvert » la loi à des modifications liées à l'ALÉNA et à l'ADPIC.

The Examining Division of the European Patent Office concluded that issuance of the oncomouse patent was not contrary to *ordre public* or public morality and further that "[i]f the legislator is of the opinion that certain technical knowledge should be used under limited conditions only it is up to him to enact appropriate legislation" (*id.*, p. 591).

92 La division d'examen de l'Office européen des brevets a conclu que la délivrance d'un brevet pour l'oncosouris n'était pas contraire à l'ordre public ni à la moralité publique et que « [s]i le législateur estime que certaines connaissances techniques ne devraient être utilisées que dans certaines conditions, il lui incombe d'établir une loi appropriée » (*id.*, p. 591).

The European Community Directive on biotechnology (*Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological invention*) names specific inventions (human cloning, modifying germ line, commercial use of human embryos, and causing suffering to animals without substantial medical benefit to humans or animals) as contrary to *ordre public* or morality. If Parliament thinks it wise to spell out such a policy in the *Patent Act*, it will pass appropriate amendments. More likely, as the government has already signalled, such measures will be put into special legislation equivalent to the proposed *Assisted Human Reproduction Act*.

93 La directive de la Communauté européenne relative à la biotechnologie (*Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*) énumère des inventions qui sont contraires à l'ordre public ou à la moralité (le clonage des êtres humains, la modification de l'identité génétique germinale, l'utilisation d'embryons humains à des fins commerciales, et les souffrances infligées à des animaux en l'absence de toute utilité médicale substantielle pour l'être humain ou les animaux). Si le législateur juge prudent d'énoncer une telle politique dans la *Loi sur les brevets*, il apportera les modifications nécessaires. Comme le gouvernement l'a déjà indiqué, il est plus probable que de telles mesures figureront dans une loi particulière équivalant à la *Loi sur la procréation assistée* proposée.

(vi) *Unjust Enrichment*

Other critics take the view that the rewards given by a patent, whether they reflect innovation or not, are unjust. Why, it is asked, should Harvard be rewarded for "inventing" a creature that occurs in its original form in nature? In a scientific laboratory, the wild mouse becomes a research platform. Harvard researchers made an "improvement" by genetic modification, but the remaining unmodified genes contribute to producing the mouse, and shaping its reaction to the laboratory experiments. Why, then, should the whole mouse be considered "patentable"? Why should Harvard appropriate to itself the whole value attributable to the "platform" when all it contributed is an improvement to that platform?

(vi) *L'enrichissement injustifié*

94 D'autres critiques estiment que la récompense à laquelle donne droit un brevet, peu importe qu'elle témoigne ou non d'une innovation, est injuste. Pourquoi, demandent-ils, Harvard devrait-il être récompensé pour avoir « inventé » une créature qui, sous sa forme initiale, est d'origine naturelle. Dans un laboratoire scientifique, la souris sauvage sert de point de départ à la recherche. Les chercheurs de Harvard ont réalisé une « amélioration » grâce à une modification génétique, mais les autres gènes non modifiés contribuent à la production de la souris et déterminent sa réaction aux expériences de laboratoire. Alors, pourquoi la souris entière devrait-elle être jugée « brevetable »? Pourquoi Harvard devrait-il s'approprier tout le mérite attribuable à la « créature initiale », alors qu'il n'a contribué qu'à améliorer cette créature initiale?

95 Such an argument relates to remedies rather than patentability. A view that the *Patent Act* rewards a patent owner too richly is not a sound basis on which to deny a patent. The inventor of the frisbee (patented in 1967) would also, no doubt, be thought by some critics to have been excessively rewarded.

96 The scientific accomplishment manifested in the oncomouse is profound and far-reaching, and a numerical count of the genes modified and the genes not modified misses the point. Every cell in the animal's body has been altered in a way that is profoundly important to scientific research. If researchers were to discover that cancers were entirely attributable to one gene and then modified individuals so that they were cancer-free, no one would deny that such a modification would be of enormous importance regardless of the fact that only one gene was changed.

97 Researchers who wish to use a wild mouse can catch one in the parking lot. Harvard would have no complaint. It is only if they wish to take advantage of the advances in learning disclosed in the oncomouse patent that they would require authorization from the inventor who made the disclosure they now seek to exploit.

98 If the patent were refused on the oncomouse itself, it would be easy for "free riders" to circumvent the protection sought to be given to the inventor by the *Patent Act* simply by acquiring an oncomouse and breeding it to as many wild mice as desired and selling the offspring (probably half of which will be oncomice) to the public. The weakness of this protection would undermine the incentives intended by the *Patent Act*. I agree with William Hayhurst when he writes:

> Some patents for processes may be of little practical value. To discover that a competitor is carrying out the process may be difficult. If a process produces a living organism that reproduces itself, the process may have to

Cet argument a trait non pas à la brevetabilité, mais plutôt aux mesures de redressement. L'opinion selon laquelle la *Loi sur les brevets* récompense trop généreusement le titulaire d'un brevet n'est pas une raison valable de refuser le brevet. Il ne fait aucun doute que certains critiques considéreraient également que l'inventeur du frisbee (breveté en 1967) a été trop récompensé.

L'oncosouris est une réalisation scientifique majeure et d'une très grande portée, et le dénombrement des gènes modifiés et des gènes non modifiés est dénué de pertinence. Chaque cellule du corps de l'animal a subi une modification d'une très grande importance pour la recherche scientifique. Si les chercheurs découvraient qu'un seul gène est à l'origine de toutes les formes de cancer, puis modifiaient ensuite le code génétique d'une personne de manière à l'immuniser contre le cancer, personne ne nierait l'importance considérable d'une telle modification, en dépit du fait qu'un seul gène a été modifié.

Les chercheurs qui souhaitent utiliser une souris sauvage peuvent en capturer une dans le parc de stationnement. Harvard ne s'en plaindrait pas. Ce n'est que s'ils souhaitaient bénéficier des progrès de la science divulgués dans le brevet délivré pour l'oncosouris qu'ils devraient obtenir l'autorisation de l'inventeur à l'origine de la divulgation qu'ils voudraient maintenant mettre à profit.

Si la délivrance d'un brevet était refusée pour l'oncosouris elle-même, des profiteurs pourraient aisément contourner la protection que la *Loi sur les brevets* vise à accorder à l'inventeur, en faisant simplement l'acquisition d'une oncosouris et en l'accouplant avec autant de souris sauvages qu'ils le souhaiteraient, puis en vendant au public les souriceaux ainsi obtenus (dont probablement la moitié seraient des oncosouris). La faiblesse de cette protection nuirait aux mesures incitatives recherchées par la *Loi sur les brevets*. Je partage l'opinion de William Hayhurst lorsqu'il écrit :

> [TRADUCTION] Il se peut que des brevets accordés pour certains procédés aient peu de valeur pratique. Il peut être difficile de découvrir qu'un compétiteur exploite le procédé. Si un procédé permet de créer un organisme

be carried out only once: competitors who are able to get their hands on the organism need not repeat the process of producing it. What is needed is a patent for the organism . . . .

(W. L. Hayhurst, "Exclusive Rights in Relation to Living Things" (1991), 6 *I.P.J.* 171, at p. 177)

On the other hand, if the oncomouse is patented, and Harvard obtains a judgment for the infringer's profits, the infringer could always contend that the profits should be apportioned between profits attributable to the invention and those profits not attributable to the invention. Harvard will contend that the whole of the laboratory value of the oncomouse is due to its genetic make-up. Others may disagree. Such questions remain, at this stage, entirely premature.

(vii) *Animal Rights*

Animal rights supporters object to the fact that the oncomouse is deliberately designed to cause sentient beings to grow painful malignant tumours. Of course, whatever position is adopted under *patent* law, animals have been and will continue to be used in laboratories for scientific research. Pets are property. Mice are already commodified. Parliament may wish to address animal rights as a distinct subject matter. If the claim for the patent on the oncomouse itself is refused, the result will *not* be that Harvard is denied the opportunity to make, construct, use and sell the oncomouse. On the contrary, the result will be that *anyone* will be able to make, construct, use and sell the oncomouse. The only difference will be that Harvard will be denied the *quid pro quo* for the disclosure of its invention.

(viii) *The Commodification of Human Life*

Some critics argue that life and property rights are incompatible. Patents, they say, treat "life" as a commodity that can be bought and sold, and therefore diminish the respect with which life ought to be regarded. Living entities become "objects".

vivant qui se reproduit lui-même, il se peut qu'il n'ait pas à être répété. Les compétiteurs qui réussissent à mettre la main sur l'organisme en question n'ont pas besoin de répéter le processus de fabrication. Ce qui est nécessaire, c'est d'obtenir un brevet pour l'organisme . . .

(W. L. Hayhurst, « Exclusive Rights in Relation to Living Things » (1991), 6 *I.P.J.* 171, p. 177)

99 Par contre, si l'oncosouris est brevetée et que Harvard obtient un jugement lui accordant les profits réalisés par le contrefacteur, ce dernier pourrait toujours prétendre que les profits doivent être divisés en profits attribuables à l'invention et en profits non attribuables à l'invention. Harvard soutiendra que la valeur de l'oncosouris pour la recherche en laboratoire réside entièrement dans son patrimoine génétique. D'autres peuvent avoir une opinion divergente. À ce stade, ces questions demeurent totalement prématurées.

(vii) *Les droits des animaux*

100 Les défenseurs des droits des animaux s'opposent au fait que l'oncosouris a été délibérément conçue de façon à ce qu'un être doué de sensation développe des tumeurs malignes douloureuses. Il va sans dire que, quel que soit le point de vue adopté en droit des *brevets*, des animaux ont été et continueront d'être utilisés en laboratoire pour la recherche scientifique. L'animal de compagnie est un bien. La souris est déjà traitée comme une marchandise. Il est possible que le législateur souhaite aborder séparément les droits des animaux. Si la demande de brevet pour l'oncosouris elle-même est rejetée, cela *n'*empêchera *pas* Harvard de fabriquer, de construire, d'utiliser et de vendre l'oncosouris. Au contraire, *n'importe qui* sera en mesure de le faire, à cette différence près que Harvard ne touchera aucune contrepartie pour la divulgation de son invention.

(viii) *Le fait de considérer la vie humaine comme une marchandise*

101 Certains critiques font valoir que la vie et les droits de propriété sont incompatibles. Considérée sous l'angle des brevets, la « vie » est, selon eux, une marchandise susceptible d'être achetée et vendue et n'a donc pas droit à tout le respect qui lui est dû. Les organismes vivants deviennent des « objets ».

102 The major concern is that human beings constitute a line that cannot be crossed. The CBAC agrees. But others argue that patenting *any* form of life puts us on a slippery slope. Today the oncomouse; tomorrow Frankenstein's creature. I do not agree. There is a qualitative divide between rodents and human beings. The broadest claim here specifically excepts humans from the scope of transgenic mammals. Moreover, for the reasons already expressed, I do not believe that the issue of patentability of a human being even arises under the *Patent Act*.

(ix) *Environmental Protection*

103 Environmental concerns include the diversity of the gene pool and potential escape of genetically modified organisms into the environment. These are serious concerns which serious people would expect Parliament to address. The concerns, however, have little to do with the patent system. Patents or no patents, genetically engineered organisms have arrived in our midst. The genie is out of the bottle. As Rothstein J.A. observed, "even if the oncomouse were found not to be patentable, such a decision would not prevent inventors from developing the product or indeed, other genetically engineered living organisms" (para. 197). Patentability addresses only the issue of rewarding the inventors for their *disclosure* of what they have done. Larger questions are answered elsewhere.

(x) *Globalization*

104 Anti-globalization groups object to the impact of broad patentability on developing countries, noting that research dollars and the beneficial effects of patented products are concentrated in developed countries. This criticism is, of course, first a broad attack on intellectual property rights generally and, second, a vote of no confidence in multilateral agreements such as TRIPS. The concerns of developing countries have received wide attention, and rightly so. A countervailing consideration is that the

Le principal souci est d'assurer que les êtres humains soient une limite infranchissable. Le CCCB partage cet avis. Toutefois, d'autres soutiennent que la délivrance d'un brevet pour *toute* forme de vie comporte des risques : aujourd'hui l'oncosouris, demain le monstre de Frankenstein. Je ne suis pas d'accord. Il existe une distinction qualitative entre les rongeurs et les êtres humains. La brevetabilité des êtres humains n'est pas directement en cause dans le présent pourvoi étant donné que, dans la revendication la plus générale, les êtres humains sont exclus des mammifères transgéniques. Pour les raisons déjà exposées, j'ajoute que, selon moi, la question de la brevetabilité d'un être humain ne se pose même pas sous le régime de la *Loi sur les brevets*.

(ix) *La protection de l'environnement*

Les préoccupations relatives à l'environnement comprennent la diversité du fonds génétique et le risque que des organismes génétiquement modifiés s'échappent dans l'environnement. Ce sont là de graves préoccupations qui, pour des gens sérieux, relèvent du législateur. Cependant, ces préoccupations ont peu à voir avec le système de brevets. Brevet ou pas, les organismes génétiquement modifiés existent déjà. Le génie est sorti de la lampe. Comme l'a fait observer le juge Rothstein, « même si l'oncosouris était jugée non brevetable, une telle décision n'empêcherait pas les inventeurs de mettre au point ce produit ou même tout autre organisme vivant génétiquement modifié » (par. 197). La brevetabilité ne règle que la question de récompenser l'inventeur pour la *divulgation* de sa réalisation. Les questions plus générales trouvent réponse ailleurs.

(x) *La mondialisation*

Les groupes qui s'opposent à la mondialisation dénoncent l'incidence de la brevetabilité générale sur les pays en développement, soulignant que les fonds consacrés à la recherche et les effets bénéfiques des produits brevetés sont concentrés dans les pays développés. Il va sans dire que cette critique constitue, en premier lieu, une attaque contre les droits de propriété intellectuelle en général et, en deuxième lieu, un vote de non-confiance à l'égard d'accords multilatéraux comme l'ADPIC. Les

developing world may lose as much benefit as the economically developed world if excessive emphasis is placed on granting equitable access to inventions already made as opposed to continuing to offer adequate incentives for inventions to come. This too is an issue that does not arise for consideration on this appeal.

(xi) *Contrary Considerations*

If a certain subject matter is unpatentable as a matter of law, inventors who do carry on inventing will gravitate toward alternative sources of protection. The most obvious would be trade secrets protection. The problem with this alternative, in terms of the public interest, is that the public would lose the *quid pro quo* of public disclosure that they receive under patent law.

Lacking legal protection against unauthorized appropriation of ideas, ingenious people may tend to hide and hoard the products of their ingenuity rather than disclose them for others to build on that knowledge. The "hide and hoard" mentality was the very mischief the *Patent Act* was aimed at.

There are, in other words, many policy implications of *excluding* patent protection as well as the policy implications of inclusion relied upon by the appellant Commissioner. The balance between the competing interests is for Parliament to strike.

(xii) *Policy Options*

Parliament may wish to regulate *outside* the framework of the *Patent Act* the creation and use of "higher life forms" (however Parliament chooses to define "higher" life forms) in many ways: ethics boards could be set up to consider "higher life form" patentability on a case-by-case basis, including any patent applications on human genetic material; animal rights legislation might require that all transgenic animal varieties be "engineered" to alleviate or mitigate pain from experimentation; a policy of

préoccupations des pays en développement ont, à juste titre, fait l'objet d'une grande attention. À l'opposé, il y a la possibilité que ces pays soient aussi perdants que les pays économiquement développés si on met trop l'accent sur l'accès équitable aux inventions déjà existantes au lieu de continuer d'encourager adéquatement les futures inventions. Voilà également une question qui ne se pose pas dans le présent pourvoi.

(xi) *Considérations contraires*

105 À supposer qu'un objet ne soit pas brevetable en droit, les personnes qui font des inventions se tourneront vers d'autres sources de protection, la plus évidente étant la protection des secrets commerciaux. Sur le plan de l'intérêt public, le problème que pose cette solution de rechange est que la population perdrait la contrepartie que la divulgation publique leur procure en vertu du droit des brevets.

106 En l'absence de protection légale contre l'usurpation d'idées, les personnes ingénieuses peuvent avoir tendance à cacher et à thésauriser les fruits de leur ingéniosité au lieu de les divulguer pour permettre à autrui de les mettre à profit. C'est justement cette mentalité « de dissimulation et de thésaurisation » que la *Loi sur les brevets* vise à contrer.

107 En d'autres termes, aux répercussions générales de l'inclusion de la protection par brevet, que le commissaire appelant a évoquées, s'ajoutent les nombreuses répercussions générales de l'*exclusion* de cette même protection. Il appartient au législateur d'établir un équilibre entre ces intérêts opposés.

(xii) *Les options stratégiques*

108 Même s'il choisit de définir les formes de vie « supérieures », le législateur peut souhaiter réglementer de plusieurs manières, *en dehors* du cadre de la *Loi sur les brevets*, la création et l'utilisation de « formes de vie supérieures » : il serait possible d'établir des conseils en matière d'éthique qui seraient chargés d'examiner, cas par cas, la brevetabilité des « formes de vie supérieures », y compris toute demande de brevet pour du matériel génétique humain; la législation relative aux droits des

balancing the potential alleviation of human suffering against animal suffering might be added. Patents on human genetic material, including stem cell research and cloning, might include a provision to exempt all research from patent infringement, or specify compulsory licences for such research.

109 Even a partial listing of the possibilities demonstrates why it should occasion no surprise that such regulatory structures are not crammed into the *Patent Act*, which has always had the more modest and focussed objective of simply encouraging the disclosure of the fruit of human inventiveness in exchange for the statutory rewards.

M. Alleged Deficiencies in the Patent Regime

110 There is much scholarly controversy in Canada over the role of intellectual property in biotechnology: E. R. Gold, *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials* (1996); E. R. Gold, "Making Room: Reintegrating Basic Research, Health Policy, and Ethics Into Patent Law" in T. A. Caulfield and B. Williams-Jones, eds., *The Commercialization of Genetic Research: Ethical, Legal, and Policy Issues* (1999), 63; T. A. Caulfield, "Underwhelmed: Hyperbole, Regulatory Policy, and the Genetic Revolution" (2000), 45 *McGill L.J.* 437; B. M. Knoppers, "Reflections: The Challenge of Biotechnology and Public Policy" (2000), 45 *McGill L.J.* 559; P. R. Mooney, *The Impetus for and Potential of Alternative Mechanisms for the Protection of Biotechnological Innovations* (March 2001), at p. 13.

111 Some thoughtful critics suggest that patents in this field may in fact deter rather than promote innovation: M. A. Heller and R. S. Eisenberg, "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in

animaux pourrait exiger que toutes les variétés animales transgéniques soient « modifiées » de manière à moins ressentir de douleur au cours d'expériences; une politique consistant à établir un équilibre entre la possibilité d'apaiser la souffrance humaine et celle d'apaiser la souffrance des animaux pourrait être adoptée. Les brevets délivrés pour du matériel génétique humain, notamment dans les domaines du clonage et de la recherche sur des cellules souches, pourraient comporter une disposition exemptant toute recherche de la contrefaçon de brevet ou prescrivant des licences obligatoires pour cette recherche.

Même une énumération partielle des possibilités démontre pourquoi il n'y a pas lieu de s'étonner qu'une telle réglementation ne soit pas entassée dans la *Loi sur les brevets*, qui a toujours eu pour objectif plus modeste et bien défini d'encourager simplement la divulgation des fruits de l'inventivité humaine en contrepartie des récompenses qui y sont prévues.

M. Lacunes reprochées au régime des brevets

Il existe dans les milieux universitaires canadiens une grande controverse au sujet du rôle que la propriété intellectuelle joue dans le domaine de la biotechnologie : E. R. Gold, *Body Parts : Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials* (1996); E. R. Gold, « Making Room : Reintegrating Basic Research, Health Policy, and Ethics Into Patent Law » dans T. A. Caulfield et B. Williams-Jones, dir., *The Commercialization of Genetic Research : Ethical, Legal, and Policy Issues* (1999), 63; T. A. Caulfield, « Underwhelmed : Hyperbole, Regulatory Policy, and the Genetic Revolution » (2000), 45 *R.D. McGill* 437; B. M. Knoppers, « Reflections : The Challenge of Biotechnology and Public Policy » (2000), 45 *R.D. McGill* 559; P. R. Mooney, *The Impetus for and Potential of Alternative Mechanisms for the Protection of Biotechnological Innovations* (mars 2001), p. 13.

Certains critiques sérieux indiquent que la délivrance de brevets dans ce domaine est, en réalité, susceptible de décourager l'innovation au lieu de l'encourager : M. A. Heller et R. S. Eisenberg,

Biomedical Research" (1998), 280 *Science* 698; Gold, "Biomedical Patents and Ethics: A Canadian Solution", *supra.*

« Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research » (1998), 280 *Science* 698; Gold, « Biomedical Patents and Ethics : A Canadian Solution », *loc. cit.*

On a more technical level, it is pointed out that a 20-year patent is a very long time in the life cycle of biotechnology. A shorter patent life, with conditions more tailored to the industry, would, it is said, provide sufficient incentive. Then there are those who advocate the "farmers' privilege" to avoid farmers being subject to patent enforcement in the case of the progeny of patented plants and animals. Others advocate protection for "innocent bystanders" who inadvertently make use of a genetically engineered plant or animal, unaware of its being patented.

112 D'un point de vue plus technique, l'on fait observer que les 20 années de validité d'un brevet représentent une période très longue en matière de biotechnologie. Une période de validité plus courte assortie de conditions mieux adaptées au secteur d'activité aurait, dit-on, un effet incitatif suffisant. Puis il y a ceux et celles qui préconisent l'existence d'un « privilège des agriculteurs » qui soustrairait les agriculteurs à l'application du brevet en ce qui concerne les plantes et les animaux issus de plantes et d'animaux brevetés. D'autres militent en faveur de la protection des « contrevenants innocents » qui, par inadvertance, utilisent une plante ou un animal ayant fait l'objet d'une modification génétique, sans savoir que cette plante ou cet animal est breveté.

My colleague, Bastarache J., suggests that the *absence* of such provisions supports his conclusion that the oncomouse is unpatentable, but this approach, with respect, simply substitutes the Court's notion of good public policy for the judgment of Parliament, whose members are well aware of these and similar proposals. Parliament has had the *National Biotechnology Strategy* since 1983, renewed as the *Canadian Biotechnology Strategy: An Ongoing Renewal Process* 15 years later in 1998, the work of the CBAC and *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993).

113 Mon collègue le juge Bastarache affirme que l'*absence* de telles dispositions étaye sa conclusion que l'oncosouris n'est pas brevetable. En toute déférence cependant, ce point de vue ne fait que substituer la conception que notre Cour a de l'intérêt public au jugement du Parlement, dont les membres sont bien au fait de ces propositions et d'autres propositions semblables. Le législateur disposait, depuis 1983, de la *Stratégie nationale en matière de biotechnologie*, remplacée 15 ans plus tard, en 1998, par *La stratégie canadienne en matière de biotechnologie : Un processus de renouvellement permanent*, ainsi que des travaux du CCCB et du document intitulé *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (1993).

Parliament may find merit in some of the CBAC proposals for legislative reform enumerated by my colleague, Bastarache J., in his judgment at paras. 169 to 175, and 183, but Parliament has not done so to date, and neither the Commissioner of Patents nor the courts have the authority to declare, in effect, a moratorium on life (or "higher" life) patents until Parliament chooses to act. The

114 Il se peut que le législateur juge fondées certaines des propositions de réforme législative formulées par le CCCB et mentionnées par mon collègue le juge Bastarache aux par. 169-175 et 183, mais il ne l'a pas encore fait, et ni le commissaire aux brevets ni les tribunaux n'ont le pouvoir de décréter, en fait, un moratoire sur la délivrance de brevets pour des formes de vie (ou de vie « supérieures ») avant

respondent is entitled to have the benefit of the *Patent Act* as it stands.

N. Conclusion

115 In my view, the oncomouse is patentable subject matter. This does not mean that claims 1 to 12 therefore must be allowed. They ought to be considered by the Commissioner in accordance with the usual patent principles (note, for example, that the European Patent Office ultimately modified claim no. 1 to include only "transgenic rodents" rather than, as claimed, "transgenic non-human mammals": *European Patent Office Press Release*, November 7, 2001).

116 I would therefore have remitted the patent application to the Commissioner to have the specific claims 1 to 12 considered and dealt with.

117 I would dismiss the appeal.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

118 This appeal raises the issue of the patentability of higher life forms within the context of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4. The respondent, the President and Fellows of Harvard College, seeks to patent a mouse that has been genetically altered to increase its susceptibility to cancer, which makes it useful for cancer research. The patent claims also extend to all non-human mammals which have been similarly altered.

119 The Commissioner of Patents upheld the Patent Examiner's refusal to grant the patent. This decision was in turn upheld by the Federal Court, Trial Division, but was overturned by a majority of the Federal Court of Appeal. A preliminary issue is the standard of review applicable to the Commissioner's

que le législateur décide d'agir. L'intimé a le droit de bénéficier de la *Loi sur les brevets* dans son état actuel.

N. Conclusion

J'estime que l'oncosouris est un objet brevetable. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille accepter les revendications 1 à 12. Il appartient au commissaire de les examiner conformément aux principes habituellement applicables en matière de brevets (notons, par exemple, que l'Office européen des brevets a, en définitive, modifié la revendication n° 1 de façon à ce qu'elle vise seulement les « rongeurs transgéniques » et non les « mammifères transgéniques non humains », comme on le demandait : *Communiqué de presse de l'Office européen des brevets*, 7 novembre 2001).

Je renverrais donc la demande de brevet au commissaire pour qu'il examine les revendications 1 à 12 et qu'il se prononce à leur sujet.

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de la brevetabilité des formes de vie supérieures dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4. L'intimé, President and Fellows of Harvard College, cherche à faire breveter une souris génétiquement modifiée afin d'accroître sa prédisposition au cancer, d'où son utilité pour la recherche sur le cancer. Les revendications du brevet visent aussi tous les mammifères non humains qui ont été modifiés de la même façon.

Le commissaire aux brevets a confirmé le refus de l'examinateur des brevets d'accorder le brevet. Cette décision a ensuite été confirmée par la Section de première instance de la Cour fédérale, puis infirmée dans un arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale. Se pose la question préliminaire de la

decision to refuse the patent. I agree with the majority of the Federal Court of Appeal that the standard applicable to the Commissioner's decision in this case is correctness. While the decision to refuse to grant a patent may in some cases be accorded deference, the nature of the question is in this case determinative. In my view, the courts are as well placed as the Commissioner to decide whether the definition of invention in s. 2 of the *Patent Act* encompasses higher life forms, since this question approaches a pure determination of law that has significant precedential value. Nor do I agree with the minority of the Federal Court of Appeal's position that the Commissioner's decision is owed deference for the reason that he has a discretion to refuse a patent on public policy grounds. To refuse a patent, the Commissioner must be satisfied that the applicant is not "by law" entitled to the patent, wording which indicates that the Commissioner has no discretion independent of the *Patent Act* to consider the public interest when granting or denying a patent.

norme de contrôle applicable à la décision du commissaire de refuser d'accorder le brevet. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, je reconnais que la norme applicable à la décision du commissaire en l'espèce est celle de la décision correcte. Bien que le refus d'accorder un brevet puisse parfois faire l'objet de retenue judiciaire, la nature de la question soulevée est déterminante dans la présente affaire. À mon avis, les tribunaux sont aussi en mesure que le commissaire de décider si la définition du terme « invention », à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, vise les formes de vie supérieures, étant donné que cette question requiert une simple décision sur un point de droit qui aura une grande valeur comme précédent. Je ne partage pas non plus l'avis du juge dissident en Cour d'appel fédérale, selon lequel il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision du commissaire parce que celui-ci a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder un brevet pour des motifs d'intérêt public. Pour refuser un brevet, le commissaire doit s'être assuré que le demandeur n'est pas fondé « en droit » à obtenir le brevet — libellé qui indique que le commissaire n'a aucun pouvoir discrétionnaire indépendant de la *Loi sur les brevets* qui l'habiliterait à prendre en considération l'intérêt public pour accorder ou refuser un brevet.

Given that there is no discretion on the part of the Commissioner to deny a patent on a particular subject matter of invention, the sole question is whether Parliament intended the definition of "invention", and more particularly the words "manufacture" or "composition of matter", within the context of the *Patent Act*, to encompass higher life forms such as the oncomouse. In my opinion, Parliament did not intend higher life forms to be patentable. Had Parliament intended every conceivable subject matter to be patentable, it would not have chosen to adopt an exhaustive definition that limits invention to any "art, process, machine, manufacture or composition of matter". In addition, the phrases "manufacture" and "composition of matter" do not correspond to common understandings of animal and plant life. Even accepting that the words of the definition can support a broad interpretation, they must be interpreted in light of the scheme of the Act and the relevant context. The Act in its current form

120 Puisque le commissaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de breveter une invention, la seule question qui se pose est de savoir si le législateur a voulu que la définition du terme « invention » et, plus particulièrement, les mots « fabrication » ou « composition de matières », dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, englobent des formes de vie supérieures comme l'oncosouris. À mon avis, le législateur n'a pas voulu que les formes de vie supérieures soient brevetables. S'il avait voulu que tout objet imaginable soit brevetable, il n'aurait pas adopté une définition exhaustive qui limite l'invention à « [t]oute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières ». De plus, les mots « fabrication » et « composition de matières » ne correspondent pas à l'idée que l'on se fait habituellement de la vie animale et végétale. Même si on accepte qu'ils peuvent recevoir une interprétation large, les mots de la définition doivent être interprétés en fonction de

fails to address many of the unique concerns that are raised by the patenting of higher life forms, a factor which indicates that Parliament never intended the definition of "invention" to extend to this type of subject matter. Given the unique concerns associated with the grant of a monopoly right over higher life forms, it is my view that Parliament would not likely choose the *Patent Act* as it currently exists as the appropriate vehicle to protect the rights of inventors of this type of subject matter.

l'économie de la Loi et du contexte pertinent. La Loi sous sa forme actuelle n'aborde pas maintes questions exceptionnelles que soulève la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures, ce qui indique que le législateur n'a jamais voulu que la définition du mot « invention » s'applique à ce type d'objet. Étant donné les questions exceptionnelles que pose l'attribution d'un monopole sur des formes de vie supérieures, j'estime que le législateur ne voudrait probablement pas que la *Loi sur les brevets*, dans son état actuel, soit le vecteur approprié pour assurer la protection des droits des inventeurs de ce type d'objet.

II. Factual Background

II. Les faits

121 On June 21, 1985, the respondent, the President and Fellows of Harvard College ("Harvard"), applied for a patent on an invention entitled "transgenic animals". The invention aims to produce animals with a susceptibility to cancer for purposes of animal carcinogenic studies. The animals can be used to test a material suspected of being a carcinogen by exposing them to the material and seeing if tumours develop. Because the animals are already susceptible to tumour development, the amount of material used can be smaller, thereby more closely approximating the amounts to which humans are actually exposed. In addition, the animals will be expected to develop tumours in a shorter time period. The animals can also be used to test materials thought to confer protection against the development of cancer.

Le 21 juin 1985, l'intimé, President and Fellows of Harvard College (« Harvard »), présente une demande de brevet d'invention intitulée [TRADUCTION] « animaux transgéniques ». L'invention consiste à produire des animaux prédisposés au cancer en vue de les utiliser dans des études de cancérogénicité chez les animaux. Ces animaux peuvent alors servir à tester une substance soupçonnée d'être cancérigène; pour ce faire, on expose les animaux à cette substance et on vérifie s'ils développent des tumeurs cancéreuses. En raison de la prédisposition de ces animaux à la formation de tumeurs, les concentrations de substances utilisées pour les tests peuvent être moindres et, par conséquent, plus proches de celles auxquelles sont effectivement exposés les êtres humains. On prévoit, en outre, que ces animaux développeront plus rapidement des tumeurs. Ceux-ci peuvent également servir à tester des substances que l'on croit être anticancéreuses.

122 The technology by which a cancer-prone mouse ("oncomouse") is produced is described in the patent application disclosure. The oncogene (the cancer-promoting gene) is obtained from the genetic code of a non-mammal source, such as a virus. A vehicle for transporting the oncogene into the mouse's chromosomes is constructed using a small piece of bacterial DNA referred to as a plasmid. The plasmid, into which the oncogene has been "spliced", is injected into fertilized mouse eggs, preferably while they are at the one-cell stage. The eggs are then implanted

La technique de production d'une souris prédisposée au cancer (« oncosouris ») est divulguée dans la demande de brevet. L'oncogène (le gène qui prédispose au cancer) est tiré du code génétique d'une source non mammifère tel un virus. Un vecteur pour le transport de l'oncogène dans les chromosomes de la souris est construit à l'aide d'un petit fragment d'ADN d'une bactérie appelée plasmide. Le plasmide, dans lequel l'oncogène a été « introduit », est injecté des œufs de souris fécondés, de préférence au stade unicellulaire. Les œufs sont ensuite

into a female host mouse, or "foster mother", and permitted to develop to term. After the offspring of the foster mother are delivered, they are tested for the presence of the oncogene; those that contain the oncogene are called "founder" mice. Founder mice are mated with mice that have not been genetically altered. In accordance with Mendelian inheritance principles, 50 percent of the offspring will have all of their cells affected by the oncogene, making them suitable for the uses described above.

In its patent application, the respondent seeks to protect both the process by which the oncomice are produced and the end product of the process, i.e. the founder mice and the offspring whose cells are affected by the oncogene. The process and product claims also extend to all non-human mammals. In March 1993, by Final Action, a Patent Examiner rejected the product claims (claims 1 to 12) as being outside the scope of the definition of "invention" in s. 2 of the *Patent Act*, but allowed the process claims (claims 13 to 26). In August 1995, after a review by the Commissioner of Patents and a hearing before the Patent Appeal Board, the Commissioner confirmed the refusal to grant a patent for claims 1 to 12. The Federal Court, Trial Division dismissed the respondent's appeal from the decision of the Commissioner. The respondent's further appeal to the Federal Court of Appeal was allowed by a majority of the court, Isaac J.A. dissenting. The Commissioner of Patents appeals from that decision.

III. Relevant Statutory Provisions

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4

2. In this Act, except as otherwise provided,

. . .

"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or

implantés dans une souris femelle hôte, ou « mère porteuse », où ils peuvent se développer jusqu'à terme. Après la mise bas de la souris porteuse, on vérifie si l'oncogène est présent chez les souriceaux; ceux qui sont porteurs de l'oncogène sont désignés comme étant des souris « fondatrices ». Les souris fondatrices sont accouplées avec des souris qui n'ont pas été génétiquement modifiées. Conformément aux lois mendéliennes de l'hérédité, chez la moitié des souriceaux, toutes les cellules seront affectées par l'oncogène, ce qui les rendra utiles aux fins décrites précédemment.

123 Dans sa demande de brevet, l'intimé cherche à faire protéger à la fois le procédé qui permet de produire l'oncosouris et le produit final de ce procédé, à savoir la souris fondatrice et ses souriceaux dont les cellules sont affectées par l'oncogène. Les revendications relatives au procédé et au produit visent aussi tous les mammifères non humains. En mars 1993, dans une décision définitive, l'examinateur des brevets rejette les revendications relatives au produit (les revendications 1 à 12) pour le motif qu'elles ne sont pas visées par la définition du terme « invention » donnée à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, mais il accueille les revendications relatives au procédé (les revendications 13 à 26). En août 1995, après avoir examiné la question et à la suite d'une audience devant la Commission d'appel des brevets, le commissaire aux brevets confirme le refus d'accorder un brevet pour les revendications 1 à 12. La Section de première instance de la Cour fédérale rejette l'appel de l'intimé contre la décision du commissaire. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, le juge Isaac étant dissident, accueille l'appel interjeté par l'intimé. Le commissaire aux brevets se pourvoit contre cette décision.

III. Dispositions législatives pertinentes

124 *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4

2. Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières,

any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

2. Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

27. (1) The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor's legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

40. Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify the applicant of the refusal and of the ground or reason therefor.

IV. Judicial History

A. *Decision of the Patent Examiner — Final Action* (March 24, 1993)

125 As noted above, the Patent Examiner refused claims 1 to 12, which pertain to the transgenic mice and mammals as products of the invention, but allowed claims 13 to 26 pertaining to the process.

126 The Patent Examiner's rejection of claims 1 to 12 was based on his conclusion that higher life forms fall outside the definition of "invention" as given in s. 2 of the *Patent Act*, and therefore are not patentable subject matter. He cited several cases for the proposition that the Commissioner has a right to interpret s. 2 as excluding certain subject matter from patentability on the basis that it is not in the public interest to grant a patent: *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at p. 56; *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (Ex. Ct.), at p. 109; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111, at p. 119.

ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

2. In this Act, except as otherwise provided,

. . .

"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

27. (1) Le commissaire accorde un brevet d'invention à l'inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

40. Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande et, par courrier recommandé adressé au demandeur ou à son agent enregistré, notifie à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Décision définitive de l'examinateur des brevets* (24 mars 1993)

Comme nous l'avons vu, l'examinateur des brevets a rejeté les revendications 1 à 12 portant sur les souris et mammifères transgéniques en tant que produits de l'invention, mais il a accueilli les revendications 13 à 26 relatives au procédé.

Il a rejeté les revendications 1 à 12 après avoir conclu que les formes de vie supérieures n'étaient pas visées par la définition du terme « invention », donnée à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, et qu'elles ne constituaient donc pas un objet brevetable. Il a cité plusieurs décisions à l'appui de la thèse selon laquelle le commissaire a le droit de considérer que l'art. 2 soustrait certains objets à la brevetabilité pour le motif qu'il n'est pas conforme à l'intérêt public de les breveter : *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, p. 56; *Lawson c. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (C. de l'É.), p. 109; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111, p. 119.

In addition, the Patent Examiner noted that neither the Patent Appeal Board nor the courts have expressly stated that higher life forms constitute patentable subject matter. In *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81, the Patent Appeal Board held only that lower life forms were patentable. In *Re Application for Patent of Pioneer Hi-Bred Ltd.* (1986), 11 C.P.R. (3d) 311 (Pat. App. Bd.), the Commissioner rejected claims to a plant and its seed under s. 2 of the Act. While the Supreme Court of Canada did not make a ruling on the Commissioner's decision to reject the claims (see *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623), the majority of the Federal Court of Appeal upheld the Commissioner's rejection of these claims under s. 2 of the Act (*Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1987] 3 F.C. 8). The Patent Examiner concluded that he was bound by the Federal Court of Appeal decision in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, since if a plant is held to be non-patentable subject matter, then the same must be said for animals.

B. *Decision of the Commissioner of Patents* (August 4, 1995)

The Commissioner of Patents disagreed that he had a right or an obligation to decide that a particular invention can be found unpatentable as a matter of policy or discretion rather than as a result of an interpretation of the provisions of the *Patent Act*: *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; *Farbwerke Hoechst*, *supra*. The Commissioner stated that in order to reject an application, he must be satisfied that by law the applicant is not entitled to a patent and be able to give reasons based on an interpretation of the *Patent Act* and applicable jurisprudence.

The Commissioner went on to note that in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, this Court deliberately chose not to decide whether the soybean resulting from artificial crossbreeding was a patentable invention under s. 2 of the Act. On this basis, the Commissioner

127 De plus, l'examinateur des brevets a fait remarquer que ni la Commission d'appel des brevets ni les tribunaux n'ont expressément affirmé que des formes de vie supérieures constituent un objet brevetable. Dans la décision *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81, la Commission d'appel des brevets a conclu que seules des formes de vie inférieures étaient brevetables. Dans la décision *Re Application for Patent of Pioneer Hi-Bred Ltd.* (1986), 11 C.P.R. (3d) 311 (C.A.B.), le commissaire a rejeté des revendications portant sur une plante et ses graines en se fondant sur l'art. 2 de la Loi. Alors que la Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée sur le rejet de ces revendications par le commissaire (voir l'arrêt *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623), la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a confirmé ce rejet fondé sur l'art. 2 de la Loi (*Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1987] 3 C.F. 8). L'examinateur des brevets a conclu qu'il était lié par l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, de la Cour d'appel fédérale étant donné que, si une plante est jugée non brevetable, il doit en être de même pour les animaux.

B. *Décision du commissaire aux brevets* (4 août 1995)

128 Le commissaire aux brevets était d'avis qu'il n'avait ni le droit ni l'obligation de décider si une invention peut être jugée non brevetable pour des raisons de politique générale ou dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, plutôt qu'à la suite d'une interprétation des dispositions de la *Loi sur les brevets* : *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; *Farbwerke Hoechst*, précité. Le commissaire a déclaré que, pour rejeter une demande, il doit s'être assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir un brevet et il doit être en mesure de motiver sa décision en se fondant sur une interprétation de la *Loi sur les brevets* et de la jurisprudence applicable.

129 Le commissaire a ajouté que, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, notre Cour s'est abstenue délibérément de décider si le soya résultant d'un croisement artificiel était une invention brevetable au sens de l'art. 2 de la Loi. Le commissaire en a conclu que

concluded that neither he nor the examiner is bound by the decision of the Federal Court in that case: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Al-Mehdawi*, [1989] 1 All E.R. 777 (C.A.). Nonetheless, he determined that the decision of the majority of the Federal Court of Appeal in *Pioneer Hi-Bred* could be of high persuasive influence.

130 Turning to the issue at hand, the Commissioner expressed the view that the words "manufacture" and "composition of matter" as found in s. 2 apply to something that has been made under the control of the inventor. At the same time, the resulting product must be reproducible in a consistent manner. Considering the invention in question, the Commissioner determines that there are two distinct phases. The first phase involves the preparation of the genetically engineered plasmid. The second involves the development of a genetically engineered mouse in the uterus of the host mouse. The Commissioner concluded that while the first phase is controlled by human intervention, in the second phase it is the laws of nature that take over to produce the mammalian end product. He was therefore unwilling to extend the meaning of "manufacture" or "composition of matter" to include a non-human mammal. In his view, the inventors do not have full control over all of the characteristics of the resulting mouse, and human intervention ensures that reproducibility extends only so far as the cancer-forming gene.

C. *Federal Court, Trial Division*, [1998] 3 F.C. 510

131 Nadon J. conceded that there is no dispute that the oncomouse is new, useful and unobvious. The question is whether it is an "invention" to which the *Patent Act* applies. He reviewed the decision of the U.S. Supreme Court in *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), a decision cited by Harvard in support of the grant of the patent. In *Chakrabarty*, a majority of five judges held that the proper question in patenting a bacterium used to degrade crude oil was whether the subject of the patent application was "human-made" or was something occurring naturally. On that basis they allowed the claim.

ni lui ni l'examinateur n'étaient liés par la décision de la Cour fédérale dans cette affaire : *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Al-Mehdawi*, [1989] 1 All E.R. 777 (C.A.). Il a néanmoins conclu que l'arrêt majoritaire *Pioneer Hi-Bred* de la Cour d'appel fédérale pouvait avoir un très grand effet persuasif.

Abordant ensuite la question en litige dans la présente affaire, le commissaire a estimé que les termes « fabrication » et « composition de matières », à l'art. 2, s'appliquent à une chose dont la fabrication est contrôlée par l'inventeur. Le résultat doit aussi pouvoir être reproduit de façon systématique. En ce qui a trait à l'invention en cause, le commissaire a décidé qu'elle comporte deux étapes distinctes. La première étape consiste à préparer du plasmide au moyen de manipulations génétiques. La deuxième consiste à créer une souris génétiquement modifiée dans l'utérus de la souris hôte. Le commissaire a conclu que, bien qu'il y ait intervention humaine au cours de la première étape, ce sont les lois de la nature qui interviennent pour produire le mammifère résultant. Il n'était donc pas disposé à élargir le sens des termes « fabrication » ou « composition de matières » de manière à ce qu'ils visent un mammifère non humain. À son avis, les inventeurs n'exercent pas un contrôle total sur toutes les caractéristiques de la souris résultante et l'intervention humaine n'assure la reproductibilité que du gène cancérigène.

C. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1998] 3 C.F. 510

Le juge Nadon a reconnu qu'il ne fait aucun doute que l'oncosouris est nouvelle, utile et non évidente. Il s'agit de savoir si elle est une « invention » visée par la *Loi sur les brevets*. Il a examiné l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), cité par Harvard à l'appui de sa demande de brevet. Dans l'arrêt *Chakrabarty*, les cinq juges majoritaires étaient d'avis que, pour décider s'il y avait lieu de breveter une bactérie utilisée pour décomposer le pétrole brut, il fallait se demander si l'objet de la demande de brevet avait été [TRADUCTION]

The minority of four referred to the existence of the 1930 *Plant Patent Act* and the 1970 *Plant Variety Protection Act* and concluded that Congress had provided separate intellectual property protection for living things within these statutes, thus signalling a lack of intention to include living things within the scope of the U.S. *Patent Act*. Nadon J. expressed his preference for the minority view.

« fabriqué par un être humain » ou s'il était d'origine naturelle. C'est sur ce fondement qu'ils ont accueilli la demande. Les quatre juges dissidents ont mentionné l'existence de la *Plant Patent Act* de 1930 et de la *Plant Variety Protection Act* de 1970, et ont conclu que le Congrès avait prévu que les organismes vivants visés par ces lois bénéficieraient d'une protection distincte en matière de propriété intellectuelle, indiquant ainsi l'absence d'intention d'assujettir les organismes vivants à la *Patent Act* américaine. Le juge Nadon a indiqué qu'il préférait le point de vue des juges dissidents.

Nadon J. turned next to examine what is meant by "manufacture" and "composition of matter" in the Canadian Act. He examined four issues which, in his view, serve as indicia of how s. 2 should be construed. First, he considered whether the degree of an inventor's control over the creation is a relevant factor. In this respect, he noted that the process of insertion of the oncogene into the fertilized mouse egg is already patented. But a mouse is a complex life form with many features that are not under the control of the inventors. Though the inventors have created a method to inject eggs with an oncogene, they have not invented the mouse. Nadon J. further stated that even on the broadest interpretation he could not find that a mouse is "raw material" which was given new qualities by the inventor.

132 Le juge Nadon s'est ensuite interrogé sur le sens des termes « fabrication » et « composition de matières » dans la loi canadienne. Il a examiné quatre questions qui, à ses yeux, donnent des indices au sujet de la façon appropriée d'interpréter l'art. 2. En premier lieu, il s'est demandé si le degré de contrôle de l'inventeur sur la création de l'invention était un facteur pertinent. À cet égard, il a souligné que le procédé d'insertion de l'oncogène dans l'œuf de souris fécondé était déjà breveté. Mais une souris est une forme de vie complexe qui possède maintes caractéristiques échappant au contrôle des inventeurs. Quoiqu'ils aient mis au point une méthode d'injection d'un oncogène dans des œufs, les inventeurs n'ont pas inventé la souris. Le juge Nadon a ajouté que, même en retenant l'interprétation la plus large possible, il lui était impossible de conclure qu'une souris est une « matière première » à laquelle l'inventeur a conféré de nouvelles qualités.

Second, he considered the distinction between human intervention and the laws of nature. In this regard, he observed that anything which is merely a discovery is not patentable subject matter. There must be some inventive step involved. He agreed with the respondent that the essential feature of the mouse is the presence of the transgene, since this is what makes it useful for testing carcinogens. In addition, he agreed that the transgene would not be present without human intervention, rendering the oncomouse a "marriage between nature and human intervention" (para. 27). He noted, however, that not all the offspring mice have the gene. The presence

133 En deuxième lieu, il s'est penché sur la distinction entre l'intervention humaine et les lois de la nature. À ce propos, il a fait remarquer que les simples découvertes ne sont pas brevetables. Il doit y avoir une activité inventive. Il était d'accord avec l'intimé pour dire que la caractéristique essentielle de la souris est la présence du transgène, puisque c'est ce qui rend la souris utile pour tester des substances cancérigènes. Il a convenu, en outre, que le transgène ne serait pas présent sans une intervention humaine, de sorte que l'oncosouris était « le fruit de l'union de la nature et de l'intervention humaine » (par. 27). Il a souligné, toutefois, que

of the gene only transfers with the natural rate of inheritance, the "Mendelian ratio". After the gene has been introduced, the gene passes with a normal breeding process. This, Nadon J. stated, is akin to the crossbreeding process that was suggested to be unpatentable in *Pioneer Hi-Bred*, by reason that it is simply in line with the laws of nature. In a chemical process, the chemical reaction and its products are known and constant, whereas the parameters of the resulting mammal in this case are largely unknown and change every time.

134 Third, Nadon J. considered the relevance of the test of reproducibility. In his view, the question of reproducibility is related to the scope of the respondent's invention. He concluded that because the respondent is not merely claiming the transgene but the entire mammal, and the respondent has not made any claims to even minor control over any aspect of the mammal except the presence of the transgene, the respondent can make no claim to being able to reproduce the mammal at will by doing anything other than ordinary breeding.

135 Finally, Nadon J. considered whether it is appropriate to make distinctions between higher and lower life forms. He noted that *Abitibi*, *supra*, only claimed lower life forms were patentable if they were reproducible *en masse*. Since the Federal Court of Appeal in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, disallowed a patent claim over the result of the crossbreeding of soybeans, Nadon J. was of the view that the same result ought to apply to the "cross-breeding of mice" (para. 33), which is essentially what occurs when a founder mouse is bred with an ordinary mouse. Although he did not directly consider policy issues, Nadon J. remarked that it would be appropriate to make a distinction between higher and lower life forms on the grounds of policy. He further concluded that a complex life form does not fit within the current parameters of the *Patent Act* without stretching the meaning of the words to the breaking point. If

ce ne sont pas tous les souriceaux de la souris fondatrice qui sont porteurs du gène. Le gène n'est transmis que selon le taux naturel de transmission, c'est-à-dire conformément aux « lois mendéliennes ». Après son introduction, le gène est transmis par le processus normal d'accouplement. D'après le juge Nadon, ce processus s'apparente au processus de croisement qui, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, a été jugé non brevetable pour le motif qu'il était simplement conforme aux lois de la nature. Dans un processus chimique, la réaction chimique et ses produits sont connus et constants, alors que les caractéristiques du mammifère résultant en l'espèce restent grandement obscures et changent dans chaque cas.

En troisième lieu, le juge Nadon a examiné la pertinence du critère de la reproductibilité. À son avis, la question de la reproductibilité est liée à la portée de l'invention de l'intimé. Il a conclu que, étant donné qu'il revendique non seulement le transgène, mais le mammifère en entier, et qu'il n'a pas revendiqué le moindre contrôle sur quelque autre aspect du mammifère que la présence du transgène, l'intimé ne peut pas prétendre qu'il est capable de reproduire le mammifère à volonté par d'autres méthodes que la reproduction ordinaire.

Le juge Nadon s'est enfin demandé s'il convient d'établir des distinctions entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures. Il a fait remarquer que la décision *Abitibi*, précitée, a uniquement précisé que les formes de vie inférieures étaient brevetables à condition qu'elles soient reproductibles en grande quantité. Comme la Cour d'appel fédérale avait, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, rejeté une demande de brevet destiné à protéger le résultat d'un croisement de soya, le juge Nadon estimait qu'il devait en être de même pour le « croisement des souris » (par. 33), lequel résulte essentiellement de l'accouplement d'une souris fondatrice et d'une souris ordinaire. Bien qu'il n'ait pas abordé directement des questions de politique générale, le juge Nadon a souligné qu'il conviendrait d'établir une distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures pour des raisons de politique générale.

Parliament so wishes, it clearly can alter the legislation so that mammals can be patented.

D. *Federal Court of Appeal*, [2000] 4 F.C. 528

(1) Rothstein J.A.

Speaking for the majority of the court, Rothstein J.A. reversed the decision of the court below and directed the Commissioner of Patents to grant a patent covering claims 1 to 12 of the Patent Application. At the outset, Rothstein J.A. remarked that s. 40 of the Act, which permits the Commissioner to refuse a patent, is not discretionary. In addition, he expressed the view that policy considerations were not relevant in the appeal since all that was at issue was the interpretation of the *Patent Act*.

Rothstein J.A. then stated his conclusion that the oncomouse is a "composition of matter". In this regard, he accepted the expansive definition adopted by the majority of the U.S. Supreme Court in *Chakrabarty*, *supra*, and further noted that "[t]he language of patent law is broad and general and is to be given wide scope because inventions are, necessarily, unanticipated and unforeseeable" (para. 116). Rothstein J.A. explained that both the DNA and the fertilized mouse egg are forms of biological matter which, when combined, are a "composition of matter". This composition of matter is transferred to a host mouse and allowed to develop to term, resulting in a founder mouse that is the product of the "composition of matter". Similarly, offspring mice are the product, since they are linked to the transgenic unicellular material which the Patent Commissioner found to be a composition of matter. In addition, nothing in the term "composition of matter" suggests that living things are excluded from the definition. Nor is the oncomouse a mere discovery or product of nature, since its genetic structure is different from what

Il a en outre conclu que les formes de vie complexes ne cadrent pas avec les paramètres actuels de la *Loi sur les brevets*, sauf si on force démesurément le sens des mots. Si le législateur le souhaite, il peut évidemment modifier la loi de manière à rendre les mammifères brevetables.

D. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 4 C.F. 528

(1) Le juge Rothstein

136 S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Rothstein a infirmé la décision de la Section de première instance et a ordonné au commissaire aux brevets d'accorder un brevet pour les revendications 1 à 12 de la demande de brevet. D'entrée de jeu, le juge Rothstein a souligné que l'art. 40 de la Loi, qui permet au commissaire de refuser la délivrance d'un brevet, n'est pas de nature discrétionnaire. Il a ajouté qu'aucune considération de politique générale n'était pertinente en l'espèce puisque le débat portait uniquement sur l'interprétation de la *Loi sur les brevets*.

137 Le juge Rothstein a alors conclu que l'oncosouris est une « composition de matières ». À cet égard, il a accepté la définition élargie que les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis avaient adoptée dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, ajoutant que « [l]es lois sur les brevets sont libellées en des termes larges et généraux et on doit leur reconnaître une large portée parce que les inventions sont nécessairement imprévues et imprévisibles » (par. 116). Le juge Rothstein a expliqué que l'ADN et l'œuf de souris fécondé sont des formes de matière biologique qui, combinées, deviennent une « composition de matières ». Cette composition de matières est transférée à une souris hôte, chez qui elle se développe jusqu'à terme, ce qui donne une souris fondatrice qui est le produit de la « composition de matières ». Les souriceaux auxquels donne naissance la souris fondatrice sont, à leur tour, le produit puisqu'ils sont associés à la matière unicellulaire transgénique que le commissaire des brevets a considérée comme étant une composition de matières. De plus, rien dans l'expression « composition de matières » ne permet de penser que les organismes vivants sont exclus de la définition. L'oncosouris n'est pas non

it would have been without intervention at the genetic level.

138 Rothstein J.A. then outlined why he differs with the reasoning and conclusions of the Patent Commissioner and the trial judge. He reiterated his view that the majority reasoning in *Chakrabarty*, *supra*, was convincing and further rejected the minority position that there is a "common understanding" that patents are not available to cover living organisms. He turned next to the issue of control. In his view, it is apparent that the control (and reproducibility) tests are not freestanding, but are rather implicit in the statutory requirement that an "invention" be "useful". However, in this case, the Patent Commissioner and the trial judge applied a far broader control test, not implied by the usefulness requirement for an invention. He further concluded that control over the length of a tail, colour of eyes or texture of fur is irrelevant to the usefulness of the invention. All that is important for the usefulness of the product in this case is that a mouse is produced with all of its cells affected by the oncogene.

139 In respect to reproducibility, Rothstein J.A. reiterated his view that the fact that other characteristics of the oncomouse are not reproducible by will by the inventor or a person skilled in the science is irrelevant because they are not necessary for the usefulness of the oncomouse. Other than the requirement for sufficient disclosure of an invention in s. 27(3)(*b*), about which there is no dispute on this appeal, there is nothing in the *Patent Act* pertaining to reproducibility which the inventors can be said to have failed to meet. Rothstein J.A. also disagreed with the Commissioner's approach of dividing the invention into two phases on the basis that, once it is accepted that most inventions involve the laws of nature, "there can be no valid basis for splitting an invention between the portion that is the result of inventive ingenuity and the portion that is not"

plus simplement une découverte ou un produit des lois de la nature, puisqu'elle possède une structure génétique différente de celle qu'elle aurait eue en l'absence d'intervention sur le plan génétique.

Le juge Rothstein a ensuite expliqué pourquoi il se dissociait du raisonnement et des conclusions du commissaire aux brevets et du juge de première instance. Il a répété qu'il jugeait convaincant le raisonnement des juges majoritaires dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, et il a rejeté le point de vue des juges dissidents selon lequel il est [TRADUCTION] « généralement admis » que des brevets ne peuvent pas être accordés pour des organismes vivants. Il est ensuite passé à la question du contrôle. À son avis, il appert que le critère du contrôle (et de la reproductibilité) n'existe pas de façon indépendante, mais qu'il fait plutôt implicitement partie de l'exigence légale que l' « invention » soit « utile ». Dans la présente affaire, toutefois, le commissaire aux brevets et le juge de première instance ont appliqué un critère du contrôle beaucoup plus large, non implicite dans l'exigence que l'invention soit utile. Il a en outre conclu que le contrôle de la longueur de la queue, de la couleur des yeux ou de la texture du poil n'est pas pertinent en ce qui concerne l'utilité de l'invention. Ce qui est important pour l'utilité du produit en l'espèce est la possibilité de produire une souris dont toutes les cellules sont affectées par l'oncogène.

En ce qui a trait à la reproductibilité, le juge Rothstein a réitéré son point de vue selon lequel il est sans intérêt que d'autres caractéristiques de l'oncosouris ne soient pas reproductibles à volonté par l'inventeur ou par une personne versée dans la science concernée, parce que ces caractéristiques ne sont pas nécessaires pour que l'oncosouris soit utile. Hormis l'obligation de procéder à une divulgation suffisante de l'invention, imposée à l'inventeur par l'al. 27(3)*b*) et non contestée en l'espèce, la *Loi sur les brevets* ne prévoit aucune obligation de reproductibilité que les inventeurs n'auraient pas respectée. Le juge Rothstein n'était pas non plus d'accord avec l'approche du commissaire consistant à fractionner l'invention en deux phrases, pour le motif que, dès qu'on accepte que la plupart des inventions font intervenir les lois de la nature, « il

(para. 167). He further noted that full protection for the inventors would require a patent on both the process and the product, since without a patent on the product anyone could purchase a founder mouse or offspring having the oncogene in its cells and breed it.

Rothstein J.A. went on to conclude that the court below placed too much emphasis on the Federal Court of Appeal reasons in *Pioneer Hi-Bred, supra.* He distinguished *Pioneer Hi-Bred* on the basis that it dealt with the crossbreeding of plants, whereas in the current case there is intervention at the genetic level and a sharp and permanent alteration of a hereditary trait. In response to Isaac J.A.'s findings on the standard of review, Rothstein J.A. concluded that the decision of the Commissioner should be reviewed on a standard of correctness since the issue — whether higher life forms come within the definition of "invention" — is a fundamental one which will have significant precedential value. In addition, even if the standard were reasonableness *simpliciter*, Rothstein J.A. would have concluded that the Commissioner's decision was clearly wrong.

A final question considered by Rothstein J.A. was whether the *Patent Act* could be extended to cover human beings. Rothstein J.A. answered this question in the negative on the basis that patenting is a form of ownership of property which would be prohibited pursuant to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

(2) Isaac J.A. (dissenting)

Isaac J.A. dissented primarily on the grounds that the decision of the Commissioner should be accorded deference. In his view, the standard of review applicable to the Commissioner's decision was reasonableness *simpliciter.* This view was based on the Commissioner's expertise, the fact that

ne peut y avoir de fondement valide pour fractionner une invention en une partie qui est le résultat de l'ingéniosité inventive et une autre partie qui ne l'est pas » (par. 167). Il a en outre fait remarquer que, pour protéger complètement les inventeurs, le brevet devrait viser à la fois le procédé et le produit étant donné qu'en l'absence de brevet protégeant le produit, n'importe qui pourrait acheter une souris fondatrice ou un souriceau porteur de l'oncogène et les reproduire.

140 Le juge Rothstein a ajouté que le tribunal de première instance avait trop mis l'accent sur les motifs de l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, de la Cour d'appel fédérale. Il a affirmé que l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* était différent en ce sens qu'il y était question de croisement de plantes, alors qu'en l'espèce il y a intervention sur le plan génétique et modification nette et permanente d'un caractère héréditaire. Le juge Rothstein a réagi aux conclusions du juge Isaac sur la norme de contrôle applicable en statuant qu'il y avait lieu d'examiner la décision du commissaire en fonction de la norme de la décision correcte, étant donné que la question en litige — celle de savoir si les formes de vie supérieures sont visées par la définition du mot « invention » — est fondamentale et que la décision qui sera rendue en l'espèce aura une grande valeur comme précédent. De plus, même si la norme applicable était celle du caractère raisonnable *simpliciter*, le juge Rothstein aurait conclu que la décision du commissaire était nettement erronée.

141 La dernière question examinée par le juge Rothstein concernait la possibilité d'élargir la portée de la *Loi sur les brevets* de manière à englober les êtres humains. Il a répondu à cette question par la négative en déclarant que l'obtention d'un brevet est une sorte de droit de propriété qui serait interdit en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

(2) Le juge Isaac, dissident

142 Le juge Isaac a exprimé sa dissidence en faisant valoir surtout qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du commissaire. À son avis, la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire était celle du caractère raisonnable *simpliciter.* Ce point de vue était fondé

the nature of the question (the patentability of the oncomouse) is squarely within that expertise, and the purpose of the Act. In respect to purpose, Isaac J.A. expressed the view that the Commissioner is entitled to consider the public interest at stake when reviewing a patent application. Isaac J.A. concluded that the Commissioner's decision was reasonable because it took a cautious approach to the patenting of new life forms. Isaac J.A. also noted that the Commissioner is entitled to refuse a patent under s. 40 if, by law, the applicant is not entitled to it. In his view, though the Commissioner was not bound by the Federal Court of Appeal's decision in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, he was entitled to find it highly persuasive. Finally, Isaac J.A. noted that following the refusal of the Supreme Court of Canada in *Pioneer Hi-Bred* to accommodate crossbred soybean varieties within the definition of "invention", Parliament enacted the *Plant Breeders' Rights Act*, S.C. 1990, c. 20. He concluded, at para. 78:

> In all the circumstances of this case, including the limited role that our jurisprudence has assigned to the courts in this area and the serious moral and ethical implications of this subject-matter, it seems to me that Parliament is the most appropriate forum for the resolution of the issues in dispute here.

V. Analysis

A. *The Commissioner's Power to Refuse a Patent under Section 40*

143 As noted above, the Patent Examiner concluded that the Commissioner of Patents has the right to deny a patent on the basis that it is not in the public interest to grant a patent on the subject matter in question. In his dissenting opinion, Isaac J.A. approved of this approach, stating that one of the purposes of the *Patent Act* is that the Commissioner must always be aware of, and take into account, the public interest in granting a patent. In a morally divisive case, the court should defer to the Commissioner's decision to refuse to grant a patent pursuant to s. 40 where

sur l'expertise du commissaire, sur le fait que la nature de la question (la brevetabilité de l'oncosouris) relève carrément de son domaine d'expertise, et sur l'objet de la Loi. Quant à l'objet, le juge Isaac a exprimé l'avis que le commissaire a le droit de tenir compte de l'intérêt public en jeu lorsqu'il examine une demande de brevet. Le juge Isaac a conclu que la décision du commissaire était raisonnable parce qu'elle démontrait une attitude prudente à l'égard de la délivrance de brevets pour de nouvelles formes de vie. Il a aussi précisé que l'art. 40 permet au commissaire de refuser d'accorder un brevet si le demandeur n'est pas fondé en droit à l'obtenir. Selon lui, même si le commissaire n'était pas lié par l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, de la Cour d'appel fédérale, il avait le droit de le considérer comme très persuasif. Le juge Isaac a enfin souligné qu'à la suite du refus de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, d'inclure dans la définition d'« invention » les variétés de soya obtenues par croisement, le législateur a adopté la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20. Il a tiré la conclusion suivante (au par. 78) :

> Compte tenu de toutes les circonstances, notamment du rôle limité que notre jurisprudence a attribué aux tribunaux judiciaires dans ce domaine ainsi que des incidences morales et éthiques du sujet, il me semble que le Parlement constitue l'enceinte se prêtant le mieux à la solution des questions soulevées en l'espèce.

V. Analyse

A. *Le pouvoir du commissaire de refuser d'accorder un brevet en vertu de l'art. 40*

Comme nous l'avons vu, l'examinateur des brevets a décidé que le commissaire aux brevets a le droit de refuser d'accorder un brevet pour l'objet en question, s'il n'est pas dans l'intérêt public de le faire. Dans ses motifs de dissidence, le juge Isaac a souscrit à ce point de vue en affirmant que l'un des objets de la *Loi sur les brevets* veut que le commissaire soit toujours conscient de l'intérêt public et qu'il en tienne compte au moment de décider si un brevet doit être accordé. Sur une question faisant l'objet d'un débat moral intense, il convient que la cour fasse preuve de retenue à l'égard de la décision

this decision is informed by considerations of public policy.

I disagree that s. 40 of the *Patent Act* gives the Commissioner discretion to refuse a patent on the basis of public policy considerations independent of any express provision in the Act. The non-discretionary nature of the Commissioner's duty was explained in *Monsanto*, *supra*, a case cited by Rothstein J.A. At pages 1119-20, after citing s. 40 (then s. 42) of the *Patent Act*, Pigeon J., speaking for the majority, stated:

> I have underlined by law [in s. 42] to stress that this is not a matter of discretion: the Commissioner has to justify any refusal. As Duff C.J. said in *Vanity Fair Silk Mills v. Commissioner of Patents* (at p. 246):
>
> > No doubt the Commissioner of Patents ought not to refuse an application for a patent unless it is clearly without substantial foundation. . . . [Emphasis in original.]

Some commentators remark that the Canadian courts have in the past excluded certain subject matter from patentability on moral, ethical or policy grounds (J. R. Rudolph, *A Study of Issues Relating to the Patentability of Biotechnological Subject Matter* (1996); S. Chong, "The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms" (1993), 10 *C.I.P.R.* 189). While it is true that certain categories of invention were excluded from patentability with these policy concerns in mind, these exclusions were justified by reference to explicit provisions of the *Patent Act*. For example, patents on medical or surgical methods of treatment of animals, including humans, were disallowed, presumably so as not to impede physicians in the practice of their profession (see *Tennessee Eastman*, *supra*, at p. 113; Chong, *supra*, at p. 198). In *Tennessee Eastman*, however, the determination that a method for bonding incisions and wounds was not an "art" or a "process" was based primarily on the fact that the bonding material itself when prepared for medical purposes would not be patentable under what was then s. 41 of the *Patent Act*. Section 41, since removed from

du commissaire de refuser d'accorder un brevet, conformément à l'art. 40, lorsque cette décision est fondée sur des considérations d'intérêt public.

144 Je ne suis pas d'accord pour dire que l'art. 40 de la *Loi sur les brevets* donne au commissaire le pouvoir discrétionnaire de refuser un brevet pour des raisons d'intérêt public indépendantes de toute disposition expresse de la Loi. La nature non discrétionnaire de la tâche du commissaire est expliquée dans l'arrêt *Monsanto*, précité, que le juge Rothstein a mentionné. Aux pages 1119-1120, après avoir cité l'art. 40 (art. 42, à l'époque) de la *Loi sur les brevets*, le juge Pigeon a déclaré, au nom des juges majoritaires :

> J'ai souligné en droit [à l'art. 42] pour faire ressortir que ce n'est pas une question de discrétion : le commissaire doit justifier tout refus. Comme l'a déclaré le juge en chef Duff dans l'arrêt *Vanity Fair Silk Mills c. Commissaire des brevets* (à la p. 246) :
>
> > [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le commissaire des brevets ne doit pas rejeter une demande de brevet à moins qu'elle ne soit clairement dépourvue de fondement valable . . . [Souligné dans l'original.]

145 Certains commentateurs font remarquer que les tribunaux canadiens ont déjà soustrait certains objets à la brevetabilité pour des raisons d'ordre moral ou éthique ou de politique générale (J. R. Rudolph, *Étude des questions relatives à la brevetabilité de la matière des biotechnologies* (1996); S. Chong, « The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms » (1993), 10 *R.C.P.I.* 189). S'il est vrai que les tribunaux ont exclu de la brevetabilité certaines catégories d'inventions eu égard à des questions de politique générale, il reste qu'ils ont mentionné des dispositions expresses de la *Loi sur les brevets* pour justifier ces exclusions. Par exemple, des demandes de brevet pour des méthodes médicales et chirurgicales de traitement des animaux — ainsi que des êtres humains — ont été rejetées, probablement afin de ne pas nuire à la pratique professionnelle des médecins (voir l'arrêt *Tennessee Eastman*, précité, p. 113; Chong, *loc. cit.*, p. 198). Toutefois, dans l'arrêt *Tennessee Eastman*, la décision qu'une méthode de conglutination d'incisions et de blessures n'était ni une « réalisation » ni un « procédé » était fondée principalement sur le fait

the Act, restricted the scope of patents on substances prepared or produced by chemical processes and intended for food or medicine. The Court stated, at p. 119, in this respect:

> . . . if a method of treatment consisting in the application of a new drug could be claimed as a process apart from the drug itself, then the inventor, by making such a process claim, would have an easy way out of the restriction in s. 41(1).

146 In the absence of any discretion on the part of the Commissioner to refuse a patent on policy grounds, the sole question in this appeal is whether the words "manufacture" or "composition of matter", within the context of the *Patent Act*, are sufficiently broad to include higher life forms such as "inventions". The Commissioner correctly identified this as the relevant question and concluded that he could not, by law, extend the meaning of "manufacture" or "composition of matter" to include a non-human mammal.

147 In dissent, Isaac J.A. held that the Commissioner's decision in this regard should be accorded deference. This point was also argued before this Court by the interveners Sierra Club of Canada, Canadian Council of Churches and Evangelical Fellowship of Canada.

148 In my view, the decision of the Commissioner as to whether the definition of "invention" includes higher life forms is reviewable according to the correctness standard. The test to determine the appropriate standard of review was revisited by this Court in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11. As noted by Arbour J., at para. 37:

que, lorsqu'elle était préparée à des fins médicales, la substance adhésive elle-même n'était pas brevetable en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur les brevets* alors applicable. Cet article, qui a depuis été abrogé, restreignait la portée des brevets relatifs à des substances préparées ou produites par des procédés chimiques et destinées à l'alimentation ou à la médication. Notre Cour a fait l'affirmation suivante à cet égard (à la p. 119) :

> . . . si une méthode de traitement consistant en l'application d'un nouveau médicament pouvait être revendiquée comme procédé indépendamment du médicament lui-même alors l'inventeur, par une telle revendication de procédé, se soustrairait avec facilité à la restriction contenue à l'art. 41(1).

En l'absence de tout pouvoir discrétionnaire du commissaire de refuser la délivrance d'un brevet pour des motifs de politique générale, la seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, le mot « fabrication » ou l'expression « composition de matières » a une portée assez large pour que des formes de vie supérieures puissent être considérées comme des « inventions ». Le commissaire a considéré, à juste titre, que c'était la question qu'il fallait se poser et a conclu qu'il ne pouvait pas, en droit, élargir le sens du mot « fabrication » ou de l'expression « composition de matières » de façon à englober les mammifères non humains.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Isaac a estimé qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du commissaire à ce sujet. Ce point a aussi été débattu devant notre Cour par les intervenants Sierra Club du Canada, le Conseil canadien des Églises et l'Alliance évangélique du Canada.

À mon avis, la décision du commissaire relative à la question de savoir si la définition du terme « invention » vise les formes de vie supérieures peut faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, notre Cour a réexaminé le critère applicable à la détermination de la norme de contrôle appropriée. Comme l'a noté le juge Arbour, au par. 37 :

This Court's jurisprudence has evolved to endorse a pragmatic and functional approach to determining the proper standard of review, which focuses on a critical question best expressed by Sopinka J. in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18:

> [W]as the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board?

In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, this Court set out a number of factors that a court should consider when attempting to determine whether a question is one which Parliament intended to be left to the exclusive decision of the administrative tribunal. Upon considering these factors, it is my opinion that the courts are as well placed as the Commissioner to determine whether a higher life form fits within the definition of "invention".

Though it will not be determinative, the fact that the *Patent Act* contains no privative clause and gives applicants a broad right of appeal from the decision of the Commissioner is relevant and suggests a more searching standard of review (*Pushpanathan*, *supra*, at para. 30).

Perhaps more important in this case is the nature of the problem under review, i.e. whether it constitutes a question of law, fact or mixed law and fact. In my view, the question of whether a higher life form can be considered a "manufacture" or "composition of matter" approaches a pure determination of law. There is no disagreement in this case regarding the nature of the specific invention: if it is determined that higher life forms are "manufacture[s]" or "composition[s] of matter", then the oncomouse is an invention. The task is rather to determine whether Parliament intended the definition of "invention" to be interpreted broadly enough to encompass higher life forms, a question which the courts are as well suited to answer as the Commissioner. Since the

Dans ses arrêts, la Cour en est venue à adopter une approche pragmatique et fonctionnelle quant à la détermination de la norme de révision applicable, approche qui met l'accent sur la question fondamentale que le juge Sopinka a clairement formulée dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18 :

> La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission?

Dans les arrêts *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, notre Cour a énoncé un certain nombre d'éléments qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il tente de déterminer si une question donnée est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif du tribunal administratif. Compte tenu de ces éléments, je suis d'avis que les tribunaux sont aussi en mesure que le commissaire de décider si une forme de vie supérieure est visée par la définition du mot « invention ».

149 Sans être déterminant, le fait que la *Loi sur les brevets* ne comporte aucune clause privative et qu'elle confère aux demandeurs un droit général d'en appeler de la décision du commissaire est pertinent et laisse entrevoir une norme de contrôle plus stricte (*Pushpanathan*, précité, par. 30).

150 La nature du problème faisant l'objet du contrôle — à savoir s'il s'agit d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait — est peut-être plus importante en l'espèce. Selon moi, la question de savoir si une forme de vie supérieure peut être considérée comme une « fabrication » ou une « composition de matières » requiert une simple décision sur un point de droit. La nature de l'invention en cause dans la présente affaire ne fait l'objet d'aucun désaccord : si on décide que des formes de vie supérieures sont des « fabrication[s] » ou des « composition[s] de matières », l'oncosouris est alors une invention. Il faut plutôt déterminer si le législateur a voulu que la définition du mot « invention » reçoive une

determination of whether a higher life form is an invention within the meaning of the *Patent Act* is "a finding which will be of great, even determinative import for future decisions of lawyers and judges", less deference is warranted (*Southam*, *supra*, at paras. 36-37; *Pushpanathan*, *supra*, at para. 37). In addition, though the Commissioner does possess considerable expertise in the areas of science, medicine and engineering, this expertise must be considered in the context of the problem under review. In my view, this specialized training does not leave the Commissioner in a better position than the courts to determine whether the creation in question is a "manufacture" or "composition of matter" since those are very broad phrases to which either a very narrow or very expansive meaning may be attached, depending on legislative intent.

151 The above in no way implies that decisions of the Commissioner will always be reviewed according to a correctness standard. If, for example, the question to be decided was whether or not a particular life form such as a fungus should be classified as a higher life form or as a lower life form, the Commissioner's decision would likely be accorded deference. As noted, s. 40 of the Act states that it is the Commissioner who must be "satisfied" that a patent should not be issued. In such an instance, the Commissioner's scientific expertise suggests that the courts defer to his decision in respect to whether he is satisfied that the life form falls within a category of patentable subject matter.

152 As discussed earlier, I disagree that the purpose of the *Patent Act* counsels deference to the Commissioner on a question such as this. I do not accept Isaac J.A.'s suggestion that the Commissioner is in a position to weigh competing policy interests for and against the grant of a patent and that this counsels deference. Nor do I agree that the wording of s. 40, which states that the Commissioner shall

interprétation assez large pour englober les formes de vie supérieures — question à laquelle les tribunaux sont autant en mesure de répondre que le commissaire. Étant donné que la réponse à la question de savoir si une forme de vie supérieure est une invention au sens de la *Loi sur les brevets* est « une conclusion revêtant une grande importance, voire une importance déterminante, pour les décisions qu'auront à prendre juges et avocats », moins de retenue s'impose (*Southam*, précité, par. 36-37; *Pushpanathan*, précité, par. 37). De plus, bien que le commissaire ait une expertise considérable dans les domaines de la science, de la médecine et du génie, son expertise doit être appréciée en fonction du problème examiné. À mon avis, cette formation spécialisée ne fait pas en sorte que le commissaire est mieux placé que les tribunaux pour déterminer si la création en cause est une « fabrication » ou une « composition de matières », puisqu'il s'agit d'expressions très générales qui peuvent recevoir une interprétation très restreinte ou très large, selon l'intention du législateur.

Cela ne signifie absolument pas que les décisions du commissaire feront toujours l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Si, par exemple, la question à trancher était de savoir si une forme de vie particulière comme un champignon doit être considérée comme une forme de vie supérieure ou inférieure, la décision du commissaire ferait probablement l'objet de retenue. Comme nous l'avons vu, l'art. 40 de la Loi prévoit que c'est le commissaire qui doit s'être « assuré » qu'il n'y a pas lieu de délivrer un brevet. Le cas échéant, en raison de l'expertise scientifique du commissaire, les tribunaux devraient faire preuve de retenue à l'égard de la décision dans laquelle il se dit assuré que la forme de vie en question tombe dans une catégorie d'objets brevetables.

Je répète que je ne suis pas d'accord pour dire que l'objet de la *Loi sur les brevets* incite à faire preuve de retenue à l'égard de la décision du commissaire sur une question comme celle dont nous sommes saisis. Je n'accepte pas l'affirmation du juge Isaac selon laquelle la retenue s'impose du fait que le commissaire est en mesure d'apprécier les considérations de politique générale militant

refuse an application where he is "satisfied" that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, implies a discretion to refuse a patent on policy grounds. As noted above, the Commissioner must be satisfied that an applicant is not "by law" entitled to be granted a patent (see *Monsanto*, *supra*, at p. 1119). Though Isaac J.A. cites *Farbwerke Hoechst*, *supra*, as support for the existence of a discretionary power on the part of the Commissioner to refuse a patent, the Court in that case pointed out that "[a]n inventor gets his patent according to the terms of the *Patent Act*, no more and no less" (p. 57 (emphasis added)).

pour ou contre la délivrance d'un brevet. Je ne conviens pas non plus que la formulation de l'art. 40, selon laquelle le commissaire rejette la demande lorsqu'il s'est « assuré » que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir un brevet, implique l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de refuser la délivrance d'un brevet pour des considérations de politique générale. Comme nous l'avons vu, le commissaire doit s'être assuré que le demandeur n'est pas fondé « en droit » à obtenir le brevet sollicité (voir *Monsanto*, précité, p. 1119). Même si le juge Isaac cite l'arrêt *Farbwerke Hoechst*, précité, à l'appui de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du commissaire de refuser d'accorder un brevet, il reste que notre Cour a fait observer, dans cet arrêt, que [TRADUCTION] « [l]'inventeur obtient un brevet conformément aux dispositions de la *Loi sur les brevets*, rien de plus, rien de moins » (p. 57 (je souligne)).

B. *The Definition of "Invention": Whether a Higher Life Form Is a "Manufacture" or a "Composition of Matter"*

The sole question in this appeal is whether the words "manufacture" and "composition of matter", in the context of the *Patent Act*, are sufficiently broad to include higher life forms. If these words are not sufficiently broad to include higher life forms, it is irrelevant whether this Court believes that higher life forms such as the oncomouse ought to be patentable. The grant of a patent reflects the interest of Parliament to promote certain manifestations of human ingenuity. As Binnie J. indicates in his reasons, there are a number of reasons why Parliament might want to encourage the sort of biomedical research that resulted in the oncomouse. But there are also a number of reasons why Parliament might want to be cautious about encouraging the patenting of higher life forms. In my view, whether higher life forms such as the oncomouse ought to be patentable is a matter for Parliament to determine. This Court's views as to the utility or propriety of patenting non-human higher life forms such as the oncomouse are wholly irrelevant.

B. *La définition du mot « invention » : Une forme de vie supérieure est-elle une « fabrication » ou une « composition de matières »?*

153 La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, les mots « fabrication » et « composition de matières » ont une portée assez large pour viser des formes de vie supérieures. Dans la négative, il n'importe pas de savoir si notre Cour estime qu'une forme de vie supérieure comme l'oncosouris devrait être brevetable. La délivrance d'un brevet traduit l'intérêt du législateur à promouvoir certaines manifestations de l'ingéniosité humaine. Comme le juge Binnie l'indique dans ses motifs de jugement, il y a un certain nombre de raisons qui pourraient inciter le législateur à encourager le type de recherche biomédicale ayant abouti à l'oncosouris. Cependant, il existe aussi un certain nombre de raisons qui pourraient inciter le législateur à réfléchir longuement avant d'encourager la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures. Selon moi, il appartient au législateur de décider si des formes de vie supérieures comme l'oncosouris devraient être brevetables. Le point de vue de notre Cour quant à l'utilité ou à l'opportunité de breveter des formes de vie supérieures comme l'oncosouris n'a absolument aucune importance.

154 This Court has on many occasions expressed the view that statutory interpretation cannot be based on the wording of the legislation alone (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27). Rather, the Court has adopted E. A. Driedger's statement in his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87 : "[T]he words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Rizzo*, *supra*, at para. 21).

155 Having considered the relevant factors, I conclude that Parliament did not intend to include higher life forms within the definition of "invention" found in the *Patent Act*. In their grammatical and ordinary sense alone, the words "manufacture" and "composition of matter" are somewhat imprecise and ambiguous. However, it is my view that the best reading of the words of the Act supports the conclusion that higher life forms are not patentable. As I discuss below, I do not believe that a higher life form such as the oncomouse is easily understood as either a "manufacture" or a "composition of matter". For this reason, I am not satisfied that the definition of "invention" in the *Patent Act* is sufficiently broad to include higher life forms. This conclusion is supported by the fact that the patenting of higher life forms raises unique concerns which do not arise in respect of non-living inventions and which are not addressed by the scheme of the Act. Even if a higher life form could, scientifically, be regarded as a "composition of matter", the scheme of the Act indicates that the patentability of higher life forms was not contemplated by Parliament. Owing to the fact that the patenting of higher life forms is a highly contentious and complex matter that raises serious practical, ethical and environmental concerns that the Act does not contemplate, I conclude that the Commissioner was correct to reject the patent application. This is a policy issue that raises questions of great significance and importance and that would appear to require a dramatic expansion of the traditional patent regime. Absent explicit legislative direction, the Court

Notre Cour a, à maintes reprises, exprimé l'avis que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi en cause (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27). Notre Cour a préféré adopter l'énoncé de E. A. Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 : [TRADUCTION] « [I]l faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo*, précité, par. 21).

Après avoir examiné les facteurs pertinents, je conclus que le législateur n'a pas voulu que la définition du terme « invention », dans la *Loi sur les brevets*, vise des formes de vie supérieures. Au sens ordinaire et grammatical seulement, les mots « fabrication » et « composition de matières » sont quelque peu imprécis et ambigus. Toutefois, j'estime que l'interprétation la plus juste des mots de la Loi étaye la conclusion que les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables. Comme nous le verrons plus loin, je ne crois pas qu'une forme de vie supérieure comme l'oncosouris puisse être aisément considérée comme une « fabrication » ou une « composition de matières ». Voilà pourquoi je ne suis pas convaincu que la définition du mot « invention » dans la *Loi sur les brevets* soit assez générale pour viser les formes de vie supérieures. Cette conclusion est étayée par le fait que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures soulève des questions exceptionnelles qui ne se posent pas à l'égard d'inventions non vivantes et qui ne sont pas visées par l'économie de la Loi. Même s'il était possible, d'un point de vue scientifique, de considérer qu'une forme de vie supérieure est une « composition de matières », il ressort de l'économie de la Loi que le législateur n'a pas prévu la brevetabilité des formes de vie supérieures. Étant donné que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures est une question très controversée et complexe qui suscite de graves préoccupations d'ordre pratique, éthique ou environnemental non prévues par la Loi, je conclus que le commissaire a eu raison de rejeter la demande de brevet. Il s'agit là d'une question de politique générale qui soulève des points très importants et très lourds de conséquences et qui

should not order the Commissioner to grant a patent on a higher life form.

(1) The Words of the Act

The definition of "invention" in s. 2 of the *Patent Act* lists five categories of invention: art (*réalisation*), process (*procédé*), machine (*machine*), manufacture (*fabrication*) or composition of matter (*composition de matières*). The first three, "art", "process" and "machine", are clearly inapplicable when considering claims directed toward a genetically engineered non-human mammal. If a higher life form is to fit within the definition of "invention", it must therefore be considered to be either a "manufacture" or a "composition of matter".

Rothstein J.A. concluded that the oncomouse was a "composition of matter", and therefore did not find it necessary to consider whether it was also a "manufacture". In coming to this conclusion, he relied, at para. 115, on the following definition of "composition of matter" adopted by the majority of the U.S. Supreme Court in *Chakrabarty*, *supra*, at p. 308:

> . . . all compositions of two or more substances and . . . all composite articles, whether they be the results of chemical union, or of mechanical mixture, or whether they be gases, fluids, powders or solids.

In *Chakrabarty*, the majority attributed the widest meaning possible to the phrases "composition of matter" and "manufacture" for the reason that inventions are, necessarily, unanticipated and unforeseeable. Burger C.J., at p. 308, also referred to the fact that the categories of invention are prefaced by the word "any" ("any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter"). Finally, the Court referred to extrinsic evidence of Congressional intent to adopt a broad concept of patentability, noting at p. 309 that: "The Committee Reports accompanying the 1952 Act inform us

semblerait exiger un élargissement spectaculaire du régime traditionnel de brevets. En l'absence de directive législative explicite, la Cour ne doit pas ordonner au commissaire de délivrer un brevet pour une forme de vie supérieure.

(1) Les mots utilisés dans la Loi

156 La définition du terme « invention », à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, énumère cinq catégories d'inventions : réalisation (*art*), procédé (*process*), machine (*machine*), fabrication (*manufacture*) ou composition de matières (*composition of matter*). Les trois premières, « réalisation », « procédé » et « machine » sont clairement inapplicables lorsqu'il s'agit d'examiner des revendications visant des mammifères non humains génétiquement modifiés. Pour être visée par la définition du mot « invention », une forme de vie supérieure doit être considérée comme une « fabrication » ou une « composition de matières ».

157 Le juge Rothstein a conclu que l'oncosouris était une « composition de matières » et il n'a donc pas jugé nécessaire de se demander si elle était aussi une « fabrication ». Pour tirer cette conclusion, il s'est fondé, au par. 115, sur la définition suivante de l'expression « *composition of matter* » (« composition de matières ») adoptée par les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, p. 308 :

> [TRADUCTION] . . . toute composition de deux ou de plusieurs substances et [. . .] tout objet composite, qu'ils résultent d'une combinaison chimique ou d'un mélange obtenu de façon mécanique ou qu'il s'agisse de gaz, de fluides, de poudres ou de solides.

Dans l'arrêt *Chakrabarty*, les juges majoritaires ont donné le sens le plus large possible aux mots « *composition of matter* » (« composition de matières ») et « *manufacture* » (« fabrication ») pour le motif que les inventions sont nécessairement imprévues et imprévisibles. Le juge en chef Burger a aussi mentionné, à la p. 308, le fait que les catégories d'inventions sont précédées du mot « *any* » (« *any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter* ») ([TRADUCTION] « tout procédé et toute machine, fabrication ou composition de matières présentant

that Congress intended statutory subject matter to 'include anything under the sun that is made by man'".

158 I agree that the definition of "invention" in the *Patent Act* is broad. Because the Act was designed in part to promote innovation, it is only reasonable to expect the definition of "invention" to be broad enough to encompass unforeseen and unanticipated technology. I cannot however agree with the suggestion that the definition is unlimited in the sense that it includes "anything under the sun that is made by man". In drafting the *Patent Act*, Parliament chose to adopt an exhaustive definition that limits invention to any "art, process, machine, manufacture or composition of matter". Parliament did not define "invention" as "anything new and useful made by man". By choosing to define invention in this way, Parliament signalled a clear intention to include certain subject matter as patentable and to exclude other subject matter as being outside the confines of the Act. This should be kept in mind when determining whether the words "manufacture" and "composition of matter" include higher life forms.

159 With respect to the meaning of the word "manufacture" (*fabrication*), although it may be attributed a very broad meaning, I am of the opinion that the word would commonly be understood to denote a non-living mechanistic product or process. For example, the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. IX, at p. 341, defines the noun "manufacture" as the following:

> The action or process of making by hand . . . . The action or process of making articles or material (in modern use, on a large scale) by the application of physical labour or mechanical power.

le caractère de la nouveauté et de l'utilité »). La Cour a enfin renvoyé à une preuve extrinsèque de l'intention du Congrès d'adopter une notion large de brevetabilité, notant, à la p. 309, que [TRADUCTION] « [l]es rapports du comité qui accompagnent la Loi de 1952 nous montrent que le Congrès voulait que la Loi " vise tout ce qui est fabriqué par l'être humain" ».

Je reconnais que la définition que la *Loi sur les brevets* donne du mot « invention » est générale. Comme cette loi a été conçue pour promouvoir l'innovation notamment, il est tout à fait raisonnable de s'attendre à ce que la définition du terme « invention » soit suffisamment large pour englober les techniques imprévues et imprévisibles. Je ne puis toutefois souscrire à l'affirmation que la définition est illimitée au sens de viser « tout ce qui est fabriqué par l'être humain ». En rédigeant la *Loi sur les brevets*, le législateur a choisi d'adopter une définition exhaustive qui limite l'invention à « [t]oute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières ». Le législateur n'a pas défini le terme « invention » comme « tout ce qui est fabriqué par l'être humain et qui présente le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». En choisissant de définir ainsi le mot « invention », le législateur a indiqué qu'il avait clairement l'intention d'inclure certains objets comme étant brevetables et d'exclure d'autres objets pour le motif qu'ils ne relèvent pas de la Loi. Il y a lieu de garder cela à l'esprit au moment de décider si les mots « fabrication » et « composition de matières » visent des formes de vie supérieures.

Quant au sens du mot « fabrication » (« *manufacture* »), j'estime que, même s'il est possible de lui donner un sens très large, l'on considérerait généralement qu'il désigne un produit ou un procédé mécanique non vivant. Par exemple, le *Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), vol. IX, p. 341, donne la définition suivante du mot « *manufacture* » (« fabrication ») :

> [TRADUCTION] Art ou action de fabriquer à la main. [. . .] Art ou action de fabriquer manuellement ou mécaniquement (en grande quantité, selon l'usage contemporain) des objets (« *articles* ») ou une matière (« *material* »).

The *Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001), vol. 3, at p. 517, defines thus the word "*fabrication*":

[TRANSLATION] Art or action or manufacturing. . . . The manufacture of a technical object (by someone). Manufacturing by artisans, by hand, by machine, industrially, by mass production . . . .

In *Chakrabarty*, *supra*, at p. 308, "manufacture" was defined as

the production of articles for use from raw or prepared materials by giving to these materials new forms, qualities, properties, or combinations, whether by hand-labor or by machinery.

These definitions use the terminology of "article", "material", and "*objet technique*". Is a mouse an "article", "material", or an "*objet technique*"? In my view, while a mouse may be analogized to a "manufacture" when it is produced in an industrial setting, the word in its vernacular sense does not include a higher life form. The definition in *Hornblower v. Boulton* (1799), 8 T.R. 95, 101 E.R. 1285 (K.B.), cited by the respondent, is equally problematic when applied to higher life forms. In that case, the English courts defined "manufacture" as "something made by the hands of man" (p. 1288). In my opinion, a complex life form such as a mouse or a chimpanzee cannot easily be characterized as "something made by the hands of man".

As regards the meaning of the words "composition of matter", I believe that they must be defined more narrowly than was the case in *Chakrabarty*, *supra*, at p. 308 namely "all compositions of two or more substances and . . . all composite articles". If the words "composition of matter" are understood this broadly, then the other listed categories of invention, including "machine" and "manufacture", become redundant. This implies that "composition of matter" must be limited in some way. Although I do not express an opinion as to where the line should be drawn, I conclude that "composition of matter"

Le Grand Robert de la langue française (2e éd. 2001), vol. 3, p. 517, définit ainsi le mot « fabrication » :

Art ou action de fabriquer [. . .] *La fabrication d'un objet technique (par qqn). Fabrication artisanale, à la main, à la machine, industrielle, en grande série . . .*

Dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, p. 308, le mot « *manufacture* » (« fabrication ») a été défini ainsi :

[TRADUCTION] . . . la production manuelle ou mécanique d'objets à partir de matières premières ou préparées auxquelles on donne de nouvelles formes, qualités ou propriétés ou de nouveaux agencements.

Ces définitions utilisent les mots « *article* » (« objet »), « *material* » (« matière ») et « objet technique ». Une souris est-elle un « objet », une « matière » ou un « objet technique »? À mon avis, bien qu'il soit possible d'assimiler à une « fabrication » une souris produite dans un environnement industriel, le mot « fabrication », pris dans son sens technique, ne vise pas les formes de vie supérieures. La définition donnée dans la décision *Hornblower c. Boulton* (1799), 8 T.R. 95, 101 E.R. 1285 (B.R.), citée par l'intimé, est également problématique lorsqu'elle est appliquée à des formes de vie supérieures. Dans cette affaire, les tribunaux anglais ont défini le terme « *manufacture* » (« produit manufacturé ») comme [TRADUCTION] « quelque chose de fabriqué à la main » (p. 1288). Selon moi, une forme de vie complexe comme une souris ou un chimpanzé ne peut être aisément qualifiée de « quelque chose de fabriqué à la main ».

160 Quant au sens de l'expression « composition de matières », je crois qu'il faut donner à cette expression une définition plus stricte que celle donnée dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, p. 308, à savoir [TRADUCTION] « toute composition de deux ou de plusieurs substances et [. . .] tout objet composite ». Si on donne une interprétation aussi large de l'expression « composition de matières », les autres catégories d'inventions énumérées, y compris « machine » et « fabrication » deviennent alors redondantes. Cela signifie que l'expression « composition de matières » doit être limitée de quelque

does not include a higher life form such as the oncomouse.

161 The phrase "composition of matter" (*composition de matières*) is somewhat broader than the term "manufacture" (*fabrication*). It is a well-known principle of statutory interpretation that the meaning of questionable words or phrases in a statute may be ascertained by reference to the meaning of the words or phrases associated with them (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 313-14). Also, a collective term that completes an enumeration is often restricted to the same genus as those words, even though the collective term may ordinarily have a much broader meaning (p. 315). The words "machine" and "manufacture" do not imply a conscious, sentient living creature. This provides *prima facie* support for the conclusion that the phrase "composition of matter" is best read as not including such life forms. This argument is bolstered by the fact that there are a number of factors that make it difficult to regard higher life forms as "composition[s] of matter".

162 First, the *Oxford English Dictionary*, *supra*, vol. III, at p. 625, defines the word "composition" as "[a] substance or preparation formed by combination or mixture of various ingredients", the *Grand Robert de la langue française*, *supra*, vol. 2, at p. 367, defines "*composition*" as [TRANSLATION] "[a]ction or manner of forming a whole, a set by assembling several parts, several elements". Within the context of the definition of "invention", it does not seem unreasonable to assume that it must be the inventor who has combined or mixed the various ingredients. Owing to the fact that the technology by which a mouse predisposed to cancer is produced involves injecting the oncogene into a fertilized egg, the genetically altered egg would appear to be cognizable as "[a] substance or preparation formed by combination or mixture of various ingredients" or as [TRANSLATION] "[a]ction or manner of forming a whole . . . by assembling several parts". However,

façon. Bien que je n'exprime aucune opinion quant à savoir où il y a lieu de tracer la ligne de démarcation, je conclus que l'expression « composition de matières » ne vise pas une forme de vie supérieure comme l'oncosouris.

L'expression « composition de matières » (« *composition of matter* ») est un peu plus générale que le mot « fabrication » (« *manufacture* »). Un principe d'interprétation législative bien connu veut qu'il soit possible d'établir le sens des termes ou des expressions équivoques dans une loi en se reportant au sens des termes ou des expressions auxquels ils sont associés (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 395-396). De même, le terme collectif qui complète une énumération se restreint à des choses de même genre que celles qui sont énumérées, même si, de par sa nature, ce terme collectif est susceptible d'embrasser beaucoup plus (p. 397). Les mots « machine » et « fabrication » ne désignent pas une créature vivante consciente et douée de sensation. Cela étaye, à première vue, la conclusion qu'il vaut mieux considérer que l'expression « composition de matières » ne vise pas de telles formes de vie. Cet argument est étayé par le fait qu'un certain nombre d'éléments font en sorte qu'il est difficile de considérer que des formes de vie supérieures sont des « composition[s] de matières ».

Premièrement, le *Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, vol. III, p. 625, définit le mot « *composition* » (« composition ») comme étant [TRADUCTION] « [u]ne substance ou préparation obtenue par combinaison ou mélange de divers ingrédients ». De son côté, *Le Grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, vol. 2, p. 367, définit ainsi le mot « composition » : « Action ou manière de former un tout, un ensemble en assemblant plusieurs parties, plusieurs éléments ». Dans le contexte de la définition du mot « invention », il ne semble pas déraisonnable de présumer que ce doit être l'inventeur qui a combiné ou mélangé les divers ingrédients. Du fait que la technique qui permet de produire une souris prédisposée au cancer consiste notamment à injecter l'oncogène dans un œuf fécondé, il semblerait possible de percevoir l'œuf génétiquement modifié comme étant [TRADUCTION] « [u]ne substance ou préparation obtenue par combinaison ou mélange de divers

it does not thereby follow that the oncomouse itself can be understood in such terms. Injecting the oncogene into a fertilized egg is the but-for cause of a mouse predisposed to cancer, but the process by which a fertilized egg becomes an adult mouse is a complex process, elements of which require no human intervention. The body of a mouse is composed of various ingredients or substances, but it does not consist of ingredients or substances that have been combined or mixed together by a person. Thus, I am not satisfied that the phrase "composition of matter" includes a higher life form whose genetic code has been altered in this manner.

It also is significant that the word "matter" captures but one aspect of a higher life form. As defined by the *Oxford English Dictionary*, *supra*, vol. IX, at p. 480, "matter" is a "[p]hysical or corporeal substance in general . . ., contradistinguished from immaterial or incorporeal substance (spirit, soul, mind), and from qualities, actions, or conditions". "*Matière*" is defined by the *Grand Robert de la langue française*, *supra*, vol. 4, p. 1260, as [TRANSLATION] "corporeal substance 'that is perceptible in space and has mechanical mass'". Although some in society may hold the view that higher life forms are mere "composition[s] of matter", the phrase does not fit well with common understandings of human and animal life. Higher life forms are generally regarded as possessing qualities and characteristics that transcend the particular genetic material of which they are composed. A person whose genetic make-up is modified by radiation does not cease to be him or herself. Likewise, the same mouse would exist absent the injection of the oncogene into the fertilized egg cell; it simply would not be predisposed to cancer. The fact that it has this predisposition to cancer that makes it valuable to humans does not mean that the mouse, along with other animal life forms, can be defined solely with reference to the genetic matter of which it is composed. The fact that animal life forms have numerous unique qualities that transcend the particular matter of which they are composed makes it

ingrédients » ou comme résultant d'une « [a]ction ou manière de former un tout [. . .] en assemblant plusieurs parties ». Cependant, il ne s'ensuit pas que l'oncosouris elle-même peut être perçue de la même façon. La souris devient prédisposée au cancer grâce à l'injection de l'oncogène dans un œuf fécondé, mais le processus par lequel l'œuf fécondé devient une souris adulte est un processus complexe qui ne requiert, à aucun moment, une intervention humaine. Le corps d'une souris est formé de divers ingrédients ou substances, mais il ne comporte pas des ingrédients ou des substances qui ont été combinés ou mélangés ensemble par une personne. Je ne suis donc pas convaincu que l'expression « composition de matières » désigne une forme de vie supérieure ayant subi une telle modification de son code génétique.

Il est également significatif que le mot « matière » n'englobe qu'un seul aspect d'une forme de vie supérieure. Selon la définition qu'en donne le *Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, vol. IX, p. 480, le terme « *matter* » (« matière ») désigne une [TRADUCTION] « [s]ubstance matérielle ou corporelle en général [. . .], par opposition à une substance immatérielle ou incorporelle (conscience, âme, esprit), et aux attributs, actions ou conditions. » *Le Grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, vol. 4, p. 1260, donne la définition suivante du terme « matière » : « Substance qui constitue les corps et "qui est objet d'intuition dans l'espace et possède une masse mécanique" ». Même si, dans la société, d'aucuns peuvent prétendre que les formes de vie supérieures ne sont que des « composition[s] de matières », cette expression ne cadre pas bien avec l'idée que l'on se fait habituellement de la vie humaine et de la vie animale. On considère généralement que les formes de vie supérieures possèdent des attributs et des caractéristiques qui transcendent le matériel génétique qui les compose. Une personne dont le patrimoine génétique est modifié par radiation ne cesse pas d'être elle-même. On peut dire aussi que la même souris existerait sans l'injection de l'oncogène dans la cellule de l'œuf fécondé; elle ne serait tout simplement pas prédisposée au cancer. Le fait que la valeur de la souris pour l'être humain découle de sa prédisposition au cancer ne signifie pas pour autant qu'il est possible de définir

163

difficult to conceptualize higher life forms as mere "composition[s] of matter". It is a phrase that seems inadequate as a description of a higher life form.

cette souris et d'autres formes de vie animale uniquement en fonction du matériel génétique qui les compose. Étant donné que les formes de vie animale possèdent de nombreux attributs exceptionnels qui transcendent la matière qui les compose, il est difficile de percevoir les formes de vie supérieures comme étant de simples « composition[s] de matières ». Cette expression ne semble pas convenir pour décrire une forme de vie supérieure.

164 Lastly, I wish also to address Rothstein J.A.'s assertion that "[t]he language of patent law is broad and general and is to be given wide scope because inventions are, necessarily, unanticipated and unforeseeable" (para. 116). In my view, it does not thereby follow that all proposed inventions are patentable. On the one hand, it might be argued that, in this instance, Parliament could foresee that patents might be sought in higher life forms. Although Parliament would not have foreseen the genetically altered mouse and the process of genetic engineering used to produce it, Parliament was well aware of animal husbandry or breeding. While the technologies used to produce a crossbred animal and a genetically engineered animal differ substantially, the end result, an animal with a new or several new features, is the same. Yet Parliament chose to define the categories of invention using language that does not, in common usage, refer to higher life forms. One might thus infer that Parliament did not intend to include higher life forms in the definition of "invention". Although he was referring specifically to crossbred plants and not to higher life forms in general, a similar point was made by Marceau J.A. in *Pioneer Hi-Bred* (F.C.A.), *supra*, at p. 14:

Enfin, je tiens également à examiner l'affirmation du juge Rothstein, selon laquelle « [l]es lois sur les brevets sont libellées en des termes larges et généraux et on doit leur reconnaître une large portée parce que les inventions sont nécessairement imprévues et imprévisibles » (par. 116). À mon avis, il ne s'ensuit pas que toutes les inventions proposées sont brevetables. D'une part, on pourrait faire valoir qu'en l'espèce le législateur était en mesure de prévoir que des brevets pourraient être demandés pour des formes de vie supérieures. Même s'il n'avait prévu ni la création d'une souris génétiquement modifiée et ni le procédé de manipulation génétique qui permettrait de la produire, le législateur était bien au fait de l'élevage ou de la reproduction des animaux. Même si la technique de production d'un animal hybride diffère considérablement de la technique de production d'un animal génétiquement modifié, le résultat, un animal doté d'une seule ou de plusieurs nouvelles caractéristiques, est le même. Pourtant, le législateur a choisi de définir les catégories d'inventions en des termes qui, généralement, ne désignent pas des formes de vie supérieures. On pourrait donc en déduire que le législateur n'a pas voulu que la définition du mot « invention » vise les formes de vie supérieures. Même s'il parlait expressément de plantes hybrides et non de formes de vie supérieures en général, le juge Marceau a fait une remarque semblable dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* (C.A.F.), précité, p. 14 :

> It is argued that the very nature of the patent system and the benefits that were expected therefrom should lead to the conclusion that Parliament intended the most open and favourable approach to its statute. Maybe so, but I do not think that such an approach would permit the interpreter to dispense with the necessity to respect the results suggested by a careful analysis of the terms used in the statute. Besides, speaking of the intention

> Il est allégué que la nature même du système de brevets et ses avantages escomptés devraient nous faire conclure que le législateur entend que sa Loi reçoive l'interprétation la plus large et la plus favorable. C'est peut-être le cas, mais je ne crois pas qu'une telle approche permettrait de dispenser celui qui interprète la Loi de l'obligation de respecter les conclusions que laisse supposer une analyse minutieuse des termes utilisés dans la Loi. De

of Parliament, given that plant breeding was well established when the Act was passed, it seems to me that the inclusion of plants within the purview of the legislation would have led first to a definition of invention in which words such as "strain", "variety" or "hybrid" would have appeared . . . .

plus, en ce qui concerne l'intention du législateur, étant donné que le croisement des plantes était déjà bien connu à l'époque de l'adoption de la Loi, il me semble que, si on avait voulu étendre aux plantes l'application du texte législatif, on aurait premièrement prévu une définition du mot « invention » dans laquelle auraient figuré des mots comme « lignée », « variété » ou « hybride » . . .

On the other hand, it is important to recall that there is a qualitative difference between cross-breeding and genetic alteration. In *Pioneer Hi-Bred* (S.C.C.), Lamer J. (as he then was) articulated that difference in the following terms (at p. 1633):

165 D'autre part, il importe de rappeler qu'il existe une différence d'ordre qualitatif entre le croisement et la modification génétique. Dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* (C.S.C.), le juge Lamer (plus tard Juge en chef) expose cette différence en ces termes (à la p. 1633) :

While the first method implies an evolution based strictly on heredity and Mendelian principles, the second also employs a sharp and permanent alteration of hereditary traits by a change in the quality of the genes.

Alors que le premier moyen implique une évolution strictement fondée sur l'hérédité et les principes mendéliens, le second repose en outre sur une modification brusque et permanente de caractères héréditaires par un changement dans la qualité des gènes.

It is thus possible that Parliament did not regard crossbred plants and animals as patentable, not because they are higher life forms, but because they are better regarded as "discoveries". Unable to anticipate genetic alteration, Parliament would not have foreseen that higher life forms could be created in a manner reasonably understood as an invention. If this is the case, we should be wary of applying too broad or literal an interpretation of the phrase "composition of matter". Even if higher life forms were more easily cognizable as "composition[s] of matter", I still would find it difficult to conclude that the definition of "invention" was intended to be sufficiently broad to include higher life forms.

Il est donc possible que le législateur ait jugé que les plantes et les animaux hybrides n'étaient pas brevetables, non pas parce que ce sont des formes de vie supérieures, mais plutôt parce qu'il vaut mieux les considérer comme des « découvertes ». Du fait qu'il n'était pas en mesure de prévoir l'arrivée des modifications génétiques, le législateur ne pouvait pas deviner qu'il serait possible de créer des formes de vie supérieures d'une manière qui serait raisonnablement considérée comme une invention. Dans ce cas, nous devrions hésiter énormément à interpréter de façon trop libérale ou trop littérale l'expression « composition de matières ». Même s'il était plus facile de percevoir les formes de vie supérieures comme étant des « composition[s] de matières », j'aurais tout de même de la difficulté à conclure que l'on a voulu que la définition du mot « invention » soit assez générale pour viser ces formes de vie.

Patenting higher life forms would involve a radical departure from the traditional patent regime. Moreover, the patentability of such life forms is a highly contentious matter that raises a number of extremely complex issues. If higher life forms are to be patentable, it must be under the clear and unequivocal direction of Parliament. For the reasons discussed above, I conclude that the current Act does not clearly indicate that higher life forms are patentable. Far from it. Rather, I believe that the best

166 La délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures exigerait une dérogation radicale au régime traditionnel des brevets. De plus, la brevetabilité de ces formes de vie est une question fort controversée qui soulève un certain nombre de points extrêmement complexes. Si les formes de vie supérieures sont brevetables, elles doivent l'être en vertu d'une directive claire et nette du législateur. Pour les raisons susmentionnées, je conclus que la loi actuelle n'indique pas clairement que les formes

reading of the words of the Act supports the opposite conclusion — that higher life forms such as the oncomouse are not currently patentable in Canada.

(2) The Scheme of the Act

167 This interpretation of the words of the Act finds support in the fact that the patenting of higher life forms raises unique concerns which do not arise with respect to non-living inventions and which cannot be adequately addressed by the scheme of the Act. In *Pioneer Hi-Bred* (F.C.A.), Marceau J.A. discussed the intention of Parliament to include crossbred plants in the following terms (at p. 14):

> . . . it seems to me that the inclusion of plants within the purview of the legislation would have led . . . to the enactment of special provisions capable of better adapting the whole scheme to a subject matter, the essential characteristic of which is that it reproduces itself as a necessary result of its growth and maturity. I do not dispute the appellant's contention that those who develop new types of plants by cross-breeding should receive in this country, as they do elsewhere, some kind of protection and reward for their efforts but it seems to me that, to assure such result, the legislator will have to adopt special legislation, as was done a long time ago in the United States and in many other industrialized countries.

Marceau J.A.'s observation in this regard is compelling. The patenting of higher life forms raises special concerns that do not arise in respect of non-living inventions. Unlike other inventions, biologically based inventions are living and self-replicating. In addition, the products of biotechnology are incredibly complex, incapable of full description, and can contain important characteristics that have nothing to do with the invention (see Canadian Biotechnology Advisory Committee, *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues: Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee*, June 2002, at p. 11; see also Rudolph, *supra*, at p. 5). In my view, the fact that the *Patent Act* in its current state is ill-equipped to deal appropriately with higher life forms as patentable subject matter is an indication that Parliament never

de vie supérieures sont brevetables. De surcroît, je crois d'ailleurs que l'interprétation la plus juste des mots de la Loi étaye la conclusion contraire — celle que les formes de vie supérieures comme l'oncosouris ne sont pas brevetables actuellement au Canada.

(2) L'économie de la loi

Cette interprétation des mots de la Loi est étayée par le fait que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures soulève des questions exceptionnelles qui ne se posent pas à l'égard d'inventions non vivantes et qui ne peuvent pas être visées adéquatement par l'économie de la Loi. Dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* (C.A.F.), le juge Marceau a analysé en ces termes l'intention du législateur d'inclure les plantes hybrides (à la p. 14) :

> . . . il me semble que, si on avait voulu étendre aux plantes l'application du texte législatif, on aurait [. . .] adopté des dispositions spéciales permettant de mieux adapter tout le système à un objet dont la caractéristique essentielle est de se reproduire automatiquement à la suite de sa croissance et de sa maturité. Je ne conteste pas la prétention de l'appelante selon laquelle les efforts de ceux qui créent de nouveaux types de plantes par croisement devraient recevoir dans notre pays, comme c'est le cas ailleurs, une certaine sorte de protection et de récompense, mais il me semble que, pour garantir un tel résultat, le législateur devra adopter une loi spéciale, ainsi que l'ont fait il y a longtemps les États-Unis et nombre d'autres pays industrialisés.

L'observation du juge Marceau à cet égard est convaincante. La délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures suscite des préoccupations particulières que ne suscitent pas les inventions non vivantes. À la différence des autres inventions, les inventions de nature biologique sont vivantes et autoreproductrices. De plus, les produits de la biotechnologie sont extrêmement complexes, impossibles à décrire de façon complète et susceptibles de comporter d'importantes caractéristiques n'ayant rien à voir avec l'invention (voir Comité consultatif canadien de la biotechnologie, *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*, juin 2002, p. 13; voir également Rudolph, *op. cit.*, p. 5). À mon avis, le fait que, dans son état actuel, la *Loi sur les brevets* ne permet pas de traiter

intended the definition of "invention" to extend to this type of subject matter.

adéquatement les formes de vie supérieures en tant qu'objets brevetables est un signe que le législateur n'a jamais voulu que la définition du terme « invention » vise ce type d'objet.

The respondent argues that the concerns arising out of higher life forms as patentable subject matter are "external to the *Patent Act* and its jurisprudence" and that there is therefore no statutory basis to reject the patentability of higher life forms on moral, ethical or environmental grounds. I agree with the respondent that some of the policy concerns raised by the interveners are more appropriately dealt with outside the patent system. For example, some interveners expressed concern for the environmental and animal welfare implications of biotechnology. These issues are only tenuously linked to the patentability of higher life forms and are more directly related to the development and use of the technology itself. With regard to research and experimentation involving animals, by the time a researcher is in a position to file for a patent, any harm to the animal resulting from research will already have been done. Correspondingly, it is preferable to address this issue through existing or new regimes for protecting animal welfare. Similarly, if it is determined that additional measures are needed to protect the environment from the products of biotechnology, this may be effected through the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), or other comparable regulatory mechanisms.

168 L'intimé fait valoir que les préoccupations suscitées par les formes de vie supérieures en tant qu'objets brevetables n'ont [TRADUCTION] « rien à voir avec la *Loi sur les brevets* et la jurisprudence qui s'y rattache » et que rien dans la Loi ne permet de soustraire des formes de vie supérieures à la brevetabilité pour des raisons d'ordre moral, éthique ou environnemental. Je conviens avec l'intimé que certaines questions de politique générale soulevées par les intervenants trouveraient meilleure réponse en dehors du système des brevets. Par exemple, des intervenants ont exprimé leur inquiétude au sujet des conséquences de la biotechnologie sur la qualité de l'environnement et le bien-être des animaux. Ces questions n'ont qu'un lien ténu avec la brevetabilité des formes de vie supérieures et elles sont plus directement liées au développement et à l'utilisation de la technologie elle-même. En ce qui a trait à la recherche et à l'expérimentation pratiquées sur des animaux, force est de reconnaître qu'au moment où le chercheur est en mesure de déposer une demande de brevet, le mal que la recherche peut causer aux animaux est déjà fait. Il est donc préférable d'examiner cette question à la lumière des régimes existants ou nouveaux de protection des animaux. De même, si jamais on décidait que d'autres mesures sont nécessaires pour protéger l'environnement contre les produits de la biotechnologie, l'adoption de ces mesures pourrait se faire au moyen de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. 1985, ch. 16 (4e suppl.), ou d'autres mécanismes de réglementation comparables.

While the above-mentioned concerns are only indirectly related to the *Patent Act*, several of the issues raised by the interveners and in the literature are more directly related to patentability and to the scheme of the *Patent Act* itself. These issues, which pertain to the scope and content of the monopoly right accorded to the inventor by a patent, have been explored in depth by the Canadian Biotechnology Advisory Committee (CBAC), a body created in 1999 with a mandate to provide the government with

169 Même si les préoccupations susmentionnées n'ont qu'un lien indirect avec la *Loi sur les brevets*, plusieurs des questions soulevées par les intervenants et par les auteurs de doctrine portent directement sur la brevetabilité et sur l'économie de la *Loi sur les brevets* elle-même. Ces questions, qui ont trait à la portée et au contenu du monopole conféré à l'inventeur par un brevet, ont fait l'objet d'un examen approfondi par le Comité consultatif canadien de la biotechnologie (« CCCB »),

advice on policy issues associated with biotechnology. In June 2002, the CBAC released its final report, *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues: Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee*. The report recommends that higher life forms should be patentable. Nonetheless, it concludes, at p. 7, that given the importance of issues raised by the patenting of higher life forms and the significant "values" content of the issues raised, Parliament and not the courts should determine whether and to what degree patent rights ought to extend to plants and animals.

organisme créé en 1999 et chargé de conseiller le gouvernement sur des questions de politique générale liées à la biotechnologie. En juin 2002, le CCCB a publié son rapport final intitulé *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada*. Ce rapport recommande que les formes de vie supérieures soient brevetables. On y conclut néanmoins, à la p. 8, qu'en raison de l'importance des questions soulevées par la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures et du poids considérable des « valeurs » que ces questions font intervenir, il appartient au législateur et non aux tribunaux de décider si, et dans quelle mesure, les droits conférés par brevet devraient s'appliquer aux plantes et aux animaux.

170 Two of the issues addressed by the CBAC (farmers' privilege and innocent bystanders) arise out of the unique ability of higher life forms to self-replicate. Because higher life forms reproduce by themselves, the grant of a patent covers not only the particular plant, seed or animal sold, but also all of its progeny containing the patented invention. In the CBAC's view, this represents a significant increase in the scope of rights offered to patent holders that is not in line with the scope of patent rights provided in other fields (*Patenting of Higher Life Forms and Related Issues*, *supra*, at p. 12).

Deux des questions examinées par le CCCB (privilège des agriculteurs et protection des contrevenants innocents) découlent de la capacité exceptionnelle de reproduction des formes de vie supérieures. Comme les formes de vie supérieures se reproduisent sans aide, la délivrance d'un brevet protège non seulement la plante, la graine ou l'animal vendu, mais également toutes les plantes et tous les animaux porteurs de l'invention brevetée qui en descendent. Selon le CCCB, cela représente une augmentation considérable de la portée des droits offerts aux titulaires de brevet, laquelle augmentation ne correspond pas à celle des droits conférés par brevet dans d'autres domaines (*Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes*, *op. cit.*, p. 14).

171 One significant concern arising out of the increased scope of patent protection is the impact that it will have on Canada's agricultural industry. The CBAC recommends that a farmers' privilege provision be included in the Act. The privilege would permit farmers to collect and reuse seeds harvested from patented plants and to breed patented animals for their own use, so long as these were not sold for commercial breeding purposes. Although the CBAC puts forward suggestions pertaining to the general nature of such a provision, it nonetheless recognizes that more work would

Une préoccupation importante que suscite l'étendue accrue de la protection offerte par les brevets a trait à l'incidence qu'elle aura sur le secteur agricole canadien. Le CCCB recommande d'inclure dans la Loi une disposition sur le privilège des agriculteurs. Ce privilège permettrait aux agriculteurs de recueillir et de replanter les graines provenant de plantes brevetées et de reproduire pour leur propre usage des animaux brevetés à condition que ceux-ci ne soient pas vendus à des fins commerciales de reproduction. Tout en formulant des suggestions concernant la nature générale

need to be done to identify the extent of the privilege in relation to plants and animals.

Another concern identified by the CBAC in respect to self-replication pertains to infringement. The CBAC observes that since plants and animals are often capable of reproducing on their own, it must be recognized that they will not always do so under the control or with the knowledge of those who grow the plants or raise the animals. Patent law does not currently require a patent holder to prove that an alleged infringer knew or ought to have known about the reproduction of a patented invention. An "innocent bystander" may therefore be faced with high costs to defend a patent infringement suit and an award of damages for infringement without a countervailing remedy against the patent holder. The CBAC correspondingly recommends that the *Patent Act* contain a provision that would allow the so-called "innocent bystander" to rebut the usual presumption concerning knowledge of infringement in respect of inventions capable of reproducing, such as plants, seeds and animals.

In its recommendations, the CBAC also deals with a concern that was raised before this Court by the intervener Canadian Environmental Law Association. The intervener submitted that patents on life forms may actually deter further innovation in the biomedical field by foreclosing opportunities for research and product development to those that do not hold the patent. Arguably, this potential is inherent in the nature of a patent system. Yet the impact may be more significant with respect to the products of biotechnology. As noted by the CBAC, at p. 14: "Access to basic or platform technology such as DNA sequences, cell lines, plants and animals at reasonable cost is crucial to research". High research costs can be expected to drive up the price of the end product, which in the case of biotechnology includes diagnostic tests and therapeutic agents important to the health of Canadians (see T. Schrecker et al., *Ethical Issues Associated*

d'une telle disposition, le CCCB reconnaît néanmoins qu'il faudrait faire davantage pour déterminer l'étendue du privilège à l'égard des plantes et des animaux.

172 Une autre préoccupation décrite par le CCCB au sujet de l'autoreproduction concerne la contrefaçon. Le CCCB fait remarquer que, puisqu'en général les plantes et les animaux sont capables de se reproduire sans aide, il faut reconnaître qu'ils ne le font pas toujours sous le contrôle ou à la connaissance de ceux qui les cultivent ou les élèvent. Actuellement, la loi sur les brevets n'exige pas que le titulaire du brevet prouve que le présumé contrefacteur savait ou aurait dû savoir qu'il reproduisait une invention brevetée. Un « contrevenant innocent » peut donc se voir forcé d'engager des sommes considérables pour répondre à des accusations de contrefaçon et pour éviter une condamnation à verser des dommages-intérêts à cet égard, sans qu'il dispose, à son tour, d'un recours contre le titulaire du brevet. Le CCCB recommande donc d'inclure dans la *Loi sur les brevets* une disposition qui permettrait audit « contrevenant innocent » de réfuter la présomption de connaissance de la contrefaçon qui s'applique habituellement en matière d'inventions capables de se reproduire, telles les plantes, les graines et les animaux.

173 Dans ses recommandations, le CCCB tente également de répondre à une question que l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement a soulevée devant notre Cour. L'intervenante a fait valoir que la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures risque d'avoir pour effet de décourager l'innovation subséquente dans le domaine biomédical en privant les gens qui ne sont pas titulaires du brevet de la possibilité d'effectuer des recherches et de développer des produits. On pourrait prétendre que ce risque est inhérent à la nature même du système de brevets. Encore est-il que l'incidence peut être plus importante à l'égard des produits de la biotechnologie. Comme l'a noté le CCCB, à la p. 16, « [i]l est primordial que les chercheurs aient accès à des technologies de base ou de [départ] à coût abordable, telles les séquences d'ADN, les lignées cellulaires, les plantes et les animaux ». L'on peut s'attendre à ce que les coûts

with the Patenting of Higher Life Forms (1997), at p. 44).

174 In response to the above-stated concerns, the CBAC recommends that the *Patent Act* be amended to include a research and experimental use exception. The CBAC recognizes that this Court established a common law experimental use exception in the context of research aimed at sustaining a compulsory licence: see *Micro Chemicals Ltd. v. Smith Kline & French Inter-American Corp.*, [1972] S.C.R. 506. Nonetheless, the scope and nature of this exception is uncertain, particularly since Canada has since eliminated its compulsory licence provisions. The CBAC reiterates that it is Parliament and not the courts which should create the exception (at p. 15):

> First, the values content of the issues calls for a Parliamentary rather than a judicial approach. Second, the responses we received from the research community suggest that researchers do not feel that the current research exception is sufficiently clear. Third, studies have illustrated that the failure to have a clear research exception has curtailed important health research. Fourth, the member states of the European Union have included experimental use exceptions in their patent legislation without any apparent negative effect .... Fifth, provincial governments have called for a clarification of the experimental use exception in Canada.

175 Perhaps the most significant issue addressed by the CBAC is the patentability of human life. The CBAC recommends that if Canada decides to permit patents over higher life forms, human bodies at all stages of development should be excluded. It observes in this regard that although humans are also animals, no country, including Canada, allows patents on the human body. According to the CBAC, this understanding derives from the universal

élevés de recherche entraînent une augmentation du prix du produit final, ce qui dans le cas de la biotechnologie comprend les tests de diagnostic et les agents thérapeutiques importants pour la santé des Canadiens et des Canadiennes (voir T. Schrecker et autres, *Les questions éthiques liées à l'octroi de brevets relatifs à des formes de vie supérieures* (1996), p. 51).

Afin de dissiper les préoccupations susmentionnées, le CCCB recommande que la *Loi sur les brevets* soit modifiée de manière à comporter une exception au titre de la recherche et de l'expérimentation. Le CCCB reconnaît que notre Cour a établi une exception de common law aux fins d'expérimentation, dans le contexte des recherches visant l'usage d'une invention en vertu d'une licence obligatoire : voir *Micro Chemicals Ltd. c. Smith Kline & French Inter-American Corp.*, [1972] R.C.S. 506. Il n'en demeure pas moins que la portée et la nature de cette exception sont incertaines, surtout depuis que le Canada a abrogé les dispositions relatives aux licences obligatoires. Le CCCB réitère qu'il appartient au législateur et non aux tribunaux d'établir cette exception (à la p. 17) :

> Premièrement, l'aspect « valeurs » des enjeux appelle une démarche du Parlement plutôt que des tribunaux. Deuxièmement, les commentaires qui émanent de la communauté des chercheurs suggèrent que ceux-ci estiment que l'exception actuelle à des fins de recherche manque de clarté. Troisièmement, des études ont démontré que l'absence d'une exception claire à des fins de recherches a ralenti d'importantes percées en santé. Quatrièmement, les États membres de l'Union européenne ont incorporé à leur droit des brevets des exceptions à des fins d'expérimentation sans qu'il y ait de retombées négatives. [. . .] Cinquièmement, les gouvernements provinciaux ont demandé à ce que l'on clarifie l'exception au titre de l'expérimentation au Canada.

La question la plus importante que le CCCB a examinée est peut-être celle de la brevetabilité de l'être humain. Le CCCB recommande que, si le Canada accepte d'accorder des brevets pour des formes de vie supérieures, il lui faudra exclure le corps humain, et ce, à tous les stades de son développement. Il fait observer, à cet égard, que même si l'être humain est lui aussi un animal, aucun pays, y compris le Canada, n'autorise la délivrance de

principle of respect for human dignity, one element of which is that humans are not commodities (see CBAC, *supra*, at p. 8).

The potential for commodification of human life arises out of the fact that the granting of a patent is, in effect, a declaration that an invention based on living matter has the potential to be commercialized. The commodification of human beings is not only intrinsically undesirable; it may also engender a number of troubling consequences. Many of the consequentialist concerns (i.e., the creation of "designer human beings" or features) are directed at genetic engineering in general and not at patenting *per se*, and are perhaps better dealt with outside the confines of the *Patent Act* (see Schrecker, *supra*, at pp. 64-65). Nonetheless, there remains a concern that allowing patents on the human body will lead to human life being reconceptualized as genetic information. A related concern is the potential for objectification. As noted by Schrecker, *supra*, at p. 62: "[t]o objectify something is implicit in treating it as a market commodity, but what is disturbing about objectifying a person or organism is not so much the exchange of money as it is the notion that a subject, a moral agent with autonomy and dignity, is being treated as if it can be used as an instrument for the needs or desires of others without giving rise to ethical objections".

Whatever justification is used to support the assumption, there seems to be little debate that human life is not patentable. In response to the hypothetical question of whether patentability could be extended to human beings, Rothstein J.A. replied, at para. 207: "The answer is clearly that the *Patent Act* cannot be extended to cover human beings". He based this conclusion on the fact that patenting is a form of ownership of property and that ownership concepts cannot be extended to human beings pursuant to s. 7 of the *Charter*. He concluded the topic

brevets pour le corps humain. Selon le CCCB, cette position découle du principe universel du respect de la dignité humaine, qui veut notamment que l'être humain ne soit pas une marchandise (voir CCCB, *op. cit.*, p. 9).

176 Le risque de traiter l'être humain comme une marchandise émane du fait que la délivrance d'un brevet est, en réalité, une déclaration qu'une invention fondée sur de la matière vivante peut être commercialisée. En plus de ne pas être souhaitable en soi, traiter l'être humain comme une marchandise peut aussi entraîner un certain nombre de conséquences inquiétantes. Un bon nombre des préoccupations relatives aux conséquences possibles (c'est-à-dire la création d'« êtres humains sur mesure » ou de caractéristiques semblables) ont trait au génie génétique en général et non à la délivrance de brevets en soi, et seraient peut-être mieux traitées en dehors du cadre de la *Loi sur les brevets* (voir Schrecker, *op. cit.*, p. 73-74). Néanmoins, il reste toujours la crainte que la délivrance de brevets pour le corps humain n'engendre une nouvelle perception de l'être humain comme étant une source d'information génétique. À cette préoccupation s'ajoute celle connexe du risque de réification (ou chosification). Comme l'a fait remarquer Schrecker, *op. cit.*, p. 70, « [l]a chosification est implicite dans le fait de traiter un être comme une marchandise, mais ce qui est troublant dans la chosification d'une personne ou d'un organisme, ce n'est pas tant l'échange commercial que l'idée qu'un sujet, un agent moral doué d'autonomie et de dignité, soit traité comme s'il pouvait être utilisé tel un instrument pour satisfaire les besoins ou les désirs d'autres personnes sans provoquer d'objections éthiques ».

177 Quelle que soit la justification avancée à l'appui de cette hypothèse, le principe selon lequel l'être humain n'est pas brevetable semble susciter peu de controverse. Le juge Rothstein a répondu ainsi à la question hypothétique de savoir si la brevetabilité pouvait s'étendre à l'être humain (au par. 207) : « La réponse est claire : on ne peut élargir la portée de la *Loi sur les brevets* de manière à englober les êtres humains ». Sa conclusion reposait sur le fait que la délivrance d'un brevet confère une sorte de droit de propriété et que les notions de droit de

by remarking that "[t]here is, therefore, no concern by including non-human mammals under the definition of 'invention' in the *Patent Act*, that there is any implication that a human being would be patentable in the way that the oncomouse is" (para. 207).

178 In my view, this general response to concerns over the implications for human beings of patenting higher life forms is an oversimplification. Reference to the *Charter* does not address the issue of whether the definition of "invention" in s. 2 applies to human subject matter as a matter of statutory interpretation. Should this Court determine that higher life forms are within the scope of s. 2, this must necessarily include human beings. There is no defensible basis within the definition of "invention" itself to conclude that a chimpanzee is a "composition of matter" while a human being is not. As noted by this Court in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62, "*Charter* values" are to be used as an interpretative principle only in circumstances of genuine ambiguity, i.e. where a statutory provision is subject to differing but equally plausible interpretations. To read legislation in conformity with the *Charter* in cases where there is no real ambiguity is to deprive the government the opportunity to justify a provision that appears to conflict with the *Charter* under s. 1.

179 In addition, while it is likely that s. 7 of the *Charter* would have some impact on the patenting of human life, it is unlikely to resolve many of the more specific issues that may arise. Section 7 states that everyone has the right to "life, liberty and security of the person". Because the section deals only with "person[s]", it leaves the status of foetuses uncertain: see *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at p. 553; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925. In its report to Parliament, the CBAC recommends that the *Patent Act* be amended to say that no patent shall be granted on human bodies "at any stage of

propriété sont inapplicables à l'être humain en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il a conclu à ce propos que « [l]'application de la définition du terme "invention" contenu dans la *Loi sur les brevets* aux mammifères non humains ne risque donc pas de rendre un être humain implicitement brevetable de la même façon que l'oncosouris » (par. 207).

Je juge simpliste cette réponse générale aux préoccupations concernant les conséquences sur l'être humain de la délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures. La *Charte* n'est d'aucun secours pour ce qui est de répondre à la question de savoir si la définition du mot « invention », à l'art. 2, peut être interprétée comme s'appliquant à des composantes du corps humain. Si jamais notre Cour décide que les formes de vie supérieures sont visées par l'art. 2, cela devra nécessairement comprendre l'être humain. Rien dans la définition même du mot « invention » ne justifie de conclure qu'un chimpanzé est une « composition de matières » et que l'être humain ne l'est pas. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62, le respect des « valeurs de la *Charte* » ne peut servir de principe d'interprétation qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais, par ailleurs, tout aussi plausibles l'une que l'autre. Donner à un texte législatif une interprétation conforme à la *Charte*, en l'absence d'ambiguïté véritable, revient à priver le gouvernement de la possibilité de justifier une disposition qui semble incompatible avec l'article premier de la *Charte*.

En outre, même s'il est probable que l'art. 7 de la *Charte* aurait une incidence sur la délivrance de brevets pour l'être humain, il ne réglerait probablement pas les questions plus pointues qui pourraient se poser. L'article 7 prévoit que chacun a droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Comme cette disposition ne vise que les « personne[s] », le statut du fœtus demeure incertain : voir les arrêts *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, p. 553, et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925. Dans son rapport au Parlement, le CCCB recommande que la

development" (p. x). In its view, this wording would demonstrate an intention not only to include human bodies of infants, children and adults, but also all precursors to the human body from zygotes to foetuses. Recognition by the CBAC of the necessity of specifically addressing this issue supports the view that reference to s. 7 of the *Charter* alone cannot dispose of concerns associated with the patenting of human life.

Loi sur les brevets soit modifiée de manière à prévoir qu'aucun brevet ne peut accordé pour le corps humain « à quelque étape que ce soit de [son] développement » (p. x). Selon le comité, ce libellé démontrerait l'intention non seulement d'exclure les corps de nourrisson, d'enfant et d'adulte, mais également tous les précurseurs du corps humain, du zygote au fœtus. La reconnaissance par le CCCB de la nécessité d'aborder expressément cette question étaye le point de vue selon lequel il ne suffit pas d'invoquer l'art. 7 de la *Charte* pour résoudre des questions liées à la délivrance de brevets pour l'être humain.

Applicants may also seek to patent human tissues and organs rather than the entire person, in which case s. 7 may not apply. The patenting of body parts raises yet another issue: the increasingly blurred line between human beings and other higher life forms. In the new field of xenotransplantation, human genes are introduced into mammals such as pigs to make the animals' organs more acceptable to the human body for the purposes of organ transplantation. As noted by the intervener Animal Alliance of Canada, at para. 68 of its submissions, this scientific development calls into question the once clear distinction between human and animal life:

180 Il se peut aussi que des demandes de brevet portent sur des tissus et des organes humains plutôt que sur le corps au complet, et le cas échéant, il est possible que l'art. 7 ne s'applique pas. Il reste que la délivrance de brevets pour des parties du corps humain soulève une autre question : celle de la ligne de démarcation de moins en moins claire entre les êtres humains et les autres formes de vie supérieures. Dans le nouveau domaine de la xénogreffe, des gènes humains sont introduits dans des mammifères comme le porc afin de rendre les organes de ces animaux plus compatibles avec le corps humain aux fins de transplantation. Comme l'a souligné l'intervenante l'Alliance animale du Canada, au par. 68 de ses observations, ce développement scientifique remet en question la distinction jadis nette entre l'être humain et les animaux :

> The pig receives human genes. The human receives pig organs. Where does the pig end and the human begin? How much DNA does it take before one becomes the other? The answer to these questions, once ridiculous and offensive, may now just be a matter of degree.

> [TRADUCTION] Le porc reçoit des gènes humains. L'être humain reçoit des organes de porc. Où se termine le porc et où commence l'être humain? Combien d'ADN faut-il pour que l'un devienne l'autre? La réponse à ces questions, autrefois ridicules et choquantes, peut maintenant se résumer à une question de proportion.

181 The problem posed by the above technology with respect to locating the defining line which separates humans from animals is not insurmountable. It does, however, call into question Rothstein J.A.'s assumption that s. 7 of the *Charter* is capable of addressing the issues associated with the patenting of human life. In my view, it is not an appropriate judicial function for the courts to create an exception from patentability for human life given that such an exception requires one to consider both what is

181 La difficulté que pose la technologie susmentionnée en ce qui concerne la question de savoir où se situe la ligne de démarcation entre l'être humain et les animaux n'est pas insurmontable. Elle remet toutefois en question la présomption du juge Rothstein que l'art. 7 de la *Charte* se prête à l'examen des questions liées à la délivrance de brevets pour l'être humain. À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux d'établir une exception à la brevetabilité de l'être humain étant donné qu'une telle exception

human and which aspects of human life should be excluded.

182 The scenarios above demonstrate that the issue of patenting of human life forms is a complex one that cannot be readily dismissed by reference to the *Charter.* Once again, it is an issue that demands a comprehensive Parliamentary response. Illustrative in this regard is *Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*, which sets out several detailed exceptions to patentability pertaining to the human body. The first paragraph of article 5 of the Directive sets out the primary exception:

> The human body, at the various stages of its formation and development, and the simple discovery of one of its elements, including the sequence or partial sequence of a gene, cannot constitute patentable inventions.

The second paragraph allows for a patent on "[a]n element isolated from the human body or otherwise produced by means of a technical process, including the sequence or partial sequence of a gene . . . even if the structure of that element is identical to that of a natural element". Paragraph 1 of article 6 sets out a general exception to patentability for inventions where their commercial exploitation would be contrary "to *ordre public* or morality". Paragraph 2 further specifies that processes for cloning human beings, processes for modifying the germ line genetic identity of human beings and uses of human embryos for industrial or commercial purposes are all considered unpatentable as being contrary to "*ordre public* or morality".

183 As noted earlier, the CBAC has recommended that higher life forms (i.e., plants, seeds and non-human animals) that meet the criteria of novelty, non-obviousness and utility be recognized as patentable. The concerns above therefore are not raised to justify a position that higher life forms should not be patentable, but rather serve to illustrate that

oblige à se demander à la fois ce qui est humain et quelles formes de vie humaine devraient être exclues.

Les scénarios précités montrent que la question de la délivrance de brevets pour des formes de vie humaines est complexe et qu'elle ne peut être aisément résolue au moyen de la *Charte*. Là encore, il s'agit d'une question qui requiert une réponse complète de la part du législateur. Il y a lieu de citer, à cet égard, l'exemple de la *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* qui établit plusieurs exceptions détaillées à la brevetabilité concernant le corps humain. Le premier paragraphe de l'art. 5 de la directive énonce l'exception principale :

> Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.

Le deuxième paragraphe permet d'accorder un brevet pour « [u]n élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène [. . .] même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». Le premier paragraphe de l'art. 6 établit une exception générale à la brevetabilité d'inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire « à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Le deuxième paragraphe précise, en outre, que les procédés de clonage d'êtres humains, les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain et les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales sont tous jugés non brevetables parce qu'ils sont contraires « à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

Comme nous l'avons vu, le CCCB a recommandé que les formes de vie supérieures (c'est-à-dire les plantes, les graines et les animaux non humains) qui satisfont aux critères de nouveauté, de non-évidence et d'utilité soient jugées brevetables. Les préoccupations susmentionnées sont donc exprimées non pas pour justifier le point de vue selon lequel les formes

the *Patent Act* in its current form is not well suited to address the unique characteristics possessed by higher life forms. The lack of direction currently in the *Patent Act* to deal with issues that might reasonably arise signals a legislative intention that higher life forms are currently not patentable. In addition, the discussion of the issues raised by the CBAC and other groups illustrates the complexity of the concerns. In my view, this Court does not possess the institutional competence to deal with issues of this complexity, which presumably will require Parliament to engage in public debate, a balancing of competing societal interests and intricate legislative drafting.

de vie supérieures ne devraient pas être brevetables, mais plutôt pour illustrer le fait que, sous sa forme actuelle, la *Loi sur les brevets* ne permet pas de tenir compte des caractéristiques exceptionnelles des formes de vie supérieures. L'absence, dans la *Loi sur les brevets* actuelle, de directive sur la façon d'examiner des questions qui pourraient raisonnablement se poser indique l'intention du législateur de soustraire à la brevetabilité les formes de vie supérieures. De plus, l'analyse des points soulevés par le CCCB et d'autres groupes illustre la complexité de ces questions. À mon avis, notre Cour n'a pas la compétence institutionnelle nécessaire pour examiner des questions aussi compliquées, qui obligeront vraisemblablement le législateur à engager un débat public, à soupeser des intérêts sociétaux opposés et à rédiger des dispositions législatives complexes.

(3) The Object of the Act

The respondent submits that the object of the *Patent Act* is to encourage and reward the development of innovations and technology. In its view, this objective supports a broad reading of the definition of "invention" that does not exclude any area of technology save for the statutory exclusion in s. 27(3).

There is no doubt that two of the central objects of the Act are "to advance research and development and to encourage broader economic activity" (see *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 42). As noted earlier, this does not, however, imply that "anything under the sun that is made by man" is patentable. Parliament did not leave the definition of "invention" open, but rather chose to define it exhaustively. Regardless of the desirability of a certain activity, or the necessity of creating incentives to engage in that activity, a product of human ingenuity must fall within the terms of the Act in order for it to be patentable. The object of the Act must be taken into account, but the issue of whether a proposed invention ought to be patentable does not provide an answer to the question of whether that proposed invention is patentable. In addition, the manner in which Canada has administered its patent regime in

(3) L'objet de la Loi

184 L'intimé prétend que la *Loi sur les brevets* vise à encourager et à récompenser l'innovation et le développement de nouvelles technologies. À son avis, cet objectif milite en faveur d'une interprétation large de la définition du mot « invention » qui ne doit exclure aucun domaine de la technologie, sauf en ce qui concerne l'exception prévue au par. 27(3).

185 Il n'y a aucun doute que deux des objets centraux de la Loi sont de « favoriser la recherche et le développement et [d']encourager l'activité économique en général » (voir *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, par. 42). Comme nous l'avons vu, cela ne signifie pas pour autant que [TRADUCTION] « tout ce qui est fabriqué par l'être humain » est brevetable. Le législateur n'a pas donné une définition souple du mot « invention », mais a plutôt choisi de le définir de façon exhaustive. Aussi souhaitable que puisse être une certaine activité ou aussi nécessaire que puissent se révéler les mesures destinées à inciter les gens à se livrer à cette activité, le fruit de l'ingéniosité humaine doit relever de la Loi pour être brevetable. Il faut prendre en considération l'objet de la Loi, mais la réponse à la question de savoir si une invention proposée devrait être brevetable ne règle pas celle de savoir si une invention proposée est

the past reveals that the promotion of ingenuity has at times been balanced against other considerations. For example, under the former provisions of the *Patent Act*, a licence could be granted to manufacture a patented medicine seven years after the patent first appeared on the market. The existence of this compulsory licence scheme demonstrates that other objectives, including fairness and the promotion of Canada's universal healthcare system, have at times existed as part of the patent regime (see Chong, *supra*; see also Rudolph, *supra*, at p. 35, note 74).

186 Given the above, the respondent's argument that the object of the Act leads inexorably to the broadest reading of the definition of "invention" possible is problematic and is, in my view, based on an oversimplification of the patent regime. In the court below, Rothstein J.A. preferred the approach taken by the majority of the U.S. Supreme Court in *Chakrabarty*, *supra*. The majority read the language of the Act expansively on the basis that the Act embodied Thomas Jefferson's philosophy that "ingenuity should receive a liberal encouragement" (p. 308). The minority of the court did not wholly accept this characterization, commenting in respect to the objective of the Act, at p. 319 of the reasons:

> The patent laws attempt to reconcile this Nation's deep-seated antipathy to monopolies with the need to encourage progress. *Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518, 530-531 (1972); *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S.1, 7-10 (1966). Given the complexity and legislative nature of this delicate task, we must be careful to extend patent protection no further than Congress has provided. In particular, were there an absence of legislative direction, the courts should leave to Congress the decisions whether and how far to extend the patent privilege into areas where the common understanding has been that patents are not available.

187 Based on the language and the scheme of the Act, both of which are not well accommodated to

brevetable. De plus, la façon dont le régime canadien de brevets a été appliqué dans le passé montre que la promotion de l'ingéniosité a parfois été soupesée en fonction d'autres considérations. Par exemple, les anciennes dispositions de la *Loi sur les brevets* permettaient de délivrer une licence autorisant la fabrication d'un médicament breveté sept ans après l'arrivée du brevet sur le marché. L'existence de ce régime de licence obligatoire démontre que d'autres objectifs, dont l'équité et la promotion du système universel de soins de santé au Canada, sont parfois intervenus dans le régime de brevets (voir Chong, *loc. cit.*; voir également Rudolph, *op. cit.*, p. 36, note 73).

Compte tenu de ce qui précède, l'argument de l'intimé voulant que, en raison l'objectif de la Loi, il faille absolument interpréter de la façon la plus large la définition du mot « invention » est problématique et est fondé, à mon avis, sur une conception simpliste du régime de brevets. En Cour d'appel, le juge Rothstein a préféré l'approche adoptée par les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité. Ces juges ont donné une interprétation large du libellé de la Loi pour le motif que celle-ci incarnait la philosophie de Thomas Jefferson selon laquelle [TRADUCTION] « l'ingéniosité mérite d'être encouragée généreusement » (p. 308). Les juges dissidents n'ont pas accepté complètement cette qualification, faisant observer ce qui suit au sujet de l'objectif de la Loi (à la p. 319) :

> [TRADUCTION] Les lois sur les brevets tentent de concilier l'antipathie profonde de notre pays à l'égard des monopoles et la nécessité d'encourager le progrès. *Deepsouth Packing Co. c. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518, 530-531 (1972); *Graham c. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 7-10 (1966). En raison de la complexité et de la nature législative de cette tâche délicate, nous devons nous garder d'étendre la protection offerte par les brevets plus loin que ce que le Congrès a prévu. En l'absence de directives du législateur, les tribunaux devraient notamment laisser au Congrès le soin de décider si et dans quelle mesure il y a lieu d'étendre la protection conférée par les brevets à des domaines où il est généralement admis que des brevets ne peuvent pas être accordés.

Compte tenu du libellé et de l'économie de la Loi, qui, dans les deux cas, ne sont pas bien

higher life forms, it is reasonable to assume that Parliament did not intend the monopoly right inherent in the grant of a patent to extend to inventions of this nature. It simply does not follow from the objective of promoting ingenuity that all inventions must be patentable, regardless of the fact that other indicators of legislative intention point to the contrary conclusion.

(4) Related Legislation: The *Plant Breeders' Rights Act*

It is a well-established principle of statutory interpretation that given ambiguity in the law, the substance and the form of subsequent legislation may be relevant (see Côté, *supra*, at pp. 343-44). Of significance to the interpretation of the *Patent Act* and the issue of its applicability to higher life forms is the *Plant Breeders' Rights Act*, passed in 1990 subsequent to this Court's decision in *Pioneer Hi-Bred*, *supra*, in which it was determined that a crossbred soybean variety did not meet the disclosure requirements of the *Patent Act*. As noted by one commentator, the Act "is much better tailored than the *Patent Act* to the particular characteristics of plants" (N. M. Derzko, "Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad: What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them?" (1994), 39 *McGill L.J.* 144, at p. 159). In return for specifically tailored and less onerous requirements a narrower monopoly right is granted than that available under the *Patent Act*.

The existence of the *Plant Breeders' Rights Act* is relevant to the issue of whether Parliament intended higher life forms to be patentable under the *Patent Act* for several reasons. First, it is argued that had plants been patentable under the *Patent Act*, it would have been unnecessary for Canada to pass a *Plant Breeders' Rights Act* to begin with. A related argument was put forward by the appellant, who submits that although Parliament passed "special legislation" to provide protection for plant breeders, it made no move to amend the *Patent Act* or to adopt other

adaptés aux formes de vie supérieures, il est raisonnable de présumer que le législateur n'a pas voulu que le monopole inhérent à la délivrance d'un brevet s'applique à des inventions de ce genre. L'objectif de promouvoir l'ingéniosité n'exige tout simplement pas que toutes les inventions soient brevetables, sans compter que d'autres indices de l'intention du législateur militent en faveur de la conclusion contraire.

(4) Loi connexe : la *Loi sur la protection des obtentions végétales*

188 Un principe d'interprétation législative bien établi veut que, en cas d'ambiguïté dans une loi, on puisse invoquer le contenu ou la forme de lois connexes subséquentes (voir Côté, *op. cit.*, p. 434-435). La *Loi sur la protection des obtentions végétales*, adoptée en 1990, revêt une certaine importance pour ce qui est d'interpréter la *Loi sur les brevets* et de décider si elle s'applique aux formes de vie supérieures. Cette loi a été adoptée à la suite de l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, précité, dans lequel notre Cour a statué qu'une variété de soya obtenue par croisement ne satisfaisait pas aux exigences de divulgation de la *Loi sur les brevets*. Comme l'a fait remarquer une commentatrice, cette loi [TRADUCTION] « est beaucoup mieux adaptée aux caractéristiques particulières des plantes que la *Loi sur les brevets* » (N. M. Derzko, « Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad : What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them? » (1994), 39 *R.D. McGill* 144, p. 159). En contrepartie d'exigences mieux adaptées et moins lourdes, cette loi confère un monopole moins étendu que celui offert en vertu de la *Loi sur les brevets*.

189 Pour plusieurs raisons, il est possible d'invoquer l'existence de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* pour décider si le législateur a voulu que les formes de vie supérieures soient brevetables en vertu de la *Loi sur les brevets*. Premièrement on fait valoir que si les plantes avaient été brevetables en vertu de la *Loi sur les brevets*, le Canada n'aurait pas eu, au départ, à adopter une *Loi sur la protection des obtentions végétales*. L'appelant a avancé l'argument connexe selon lequel, même si le législateur a adopté une

special legislation to provide for the protection of forms of animal life. In addition, in the face of Marceau J.A.'s opinion in *Pioneer Hi-Bred* (speaking for a majority of the Federal Court of Appeal) that the *Patent Act* had never been intended or understood to include crossbred plants — one form of higher life — in patentable subject matter, Parliament did nothing to alter that intention or understanding. A final point is that the *Plant Breeders' Rights Act* was passed in recognition that the *Patent Act* was not tailored to plants due to their unique characteristics. Since other higher life forms share many of these characteristics, it is reasonable to assume that Parliament would choose to protect these life forms through legislation other than the *Patent Act* or through an amended *Patent Act* that is better suited to the subject matter.

[TRADUCTION] « loi particulière » pour protéger les obtenteurs de variétés végétales, il n'a pas tenté de modifier la *Loi sur les brevets* ou d'adopter une autre loi particulière pour protéger les formes de vie animales. De plus, après que, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* de la Cour d'appel fédérale, le juge Marceau eut exprimé, au nom des juge majoritaires, l'avis qu'on n'a jamais voulu que la *Loi sur les brevets* inclue les plantes hybrides — une forme de vie supérieure — parmi les objets brevetables, ni qu'elle soit perçue comme telle, le législateur n'a rien fait pour modifier cette intention ou cette perception. En adoptant la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, on reconnaissait que la *Loi sur les brevets* n'était pas adaptée aux plantes en raison de leurs caractéristiques exceptionnelles. Étant donné que d'autres formes de vie supérieures possèdent un grand nombre de ces caractéristiques, il est raisonnable de présumer que le législateur choisirait de protéger ces formes de vie au moyen d'une loi autre que la *Loi sur les brevets* ou d'une modification de cette loi, qui serait mieux adaptée à l'objet en cause.

190 In *Chakrabarty*, *supra*, a minority of four judges of the U.S. Supreme Court found that the passage of the 1930 *Plant Patent Act* and the 1970 *Plant Variety Protection Act* evidenced Congress's understanding that the *Patent Act* does not include living organisms. As noted, at p. 320:

> If newly developed living organisms not naturally occurring had been patentable under § 101 [the equivalent to the definition of "invention" in s. 2 of the Canadian *Patent Act*], the plants included in the scope of the 1930 and 1970 Acts could have been patented without new legislation. Those plants, like the bacteria involved in this case, were new varieties not naturally occurring.

The minority went on to note, at pp. 321-22:

> . . . the Court's decision does not follow the unavoidable implications of the statute. Rather, it extends the patent system to cover living material even though Congress plainly has legislated in the belief that § 101 does not encompass living organisms. It is the role of Congress, not this Court, to broaden or narrow the reach of the patent laws. This is especially true where, as here, the

Dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, les quatre juges dissidents de la Cour suprême des États-Unis ont conclu que l'adoption de la *Plant Patent Act* de 1930 et de la *Plant Variety Protection Act* de 1970 a démontré que le Congrès considérait que la *Patent Act* ne visait pas les organismes vivants. Ils ont fait observer ceci, à la p. 320 :

> [TRADUCTION] Si des organismes vivants nouvellement développés et d'origine non naturelle avaient été brevetables en vertu [de l'art.] 101 [l'équivalent de la définition du mot « invention » à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets* canadienne], les plantes relevant des lois de 1930 et de 1970 auraient pu être brevetées sans qu'il soit nécessaire d'adopter une nouvelle loi. Ces plantes, à l'instar des bactéries dont il est question en l'espèce, étaient de nouvelles variétés d'origine non naturelle.

Les juges dissidents ont ajouté, aux p. 321-322 :

> [TRADUCTION] . . . la décision de notre Cour ne s'accorde pas avec les conséquences inévitables de la loi. Elle élargit plutôt la portée du régime de brevets de manière à le rendre applicable à des matières vivantes, même, si au moment où il a légiféré, le Congrès estimait que [l'art.] 101 ne s'appliquait pas aux organismes vivants. Il appartient au Congrès, et non à la Cour suprême, d'élargir ou de

composition sought to be patented uniquely implicates matters of public concern.

The majority of the court in *Chakrabarty* rejected the above argument, asserting that factors other than congressional intent to exclude higher life forms from the definition of "invention" were responsible for the passage of the Acts. In particular, the majority notes that, prior to 1930, the belief existed that plants, even those artificially bred, were products of nature for the purposes of the patent law. The second obstacle to patent protection for plants was the fact that plants were thought not amenable to the "written description" requirement of the patent law. In enacting the *Plant Patent Act*, Congress addressed both of these concerns. The majority also addressed the passage of the 1970 *Plant Variety Protection Act* which, in its view, was passed to provide protection for sexually reproduced plants not covered by the 1930 Act.

Given that the *Plant Breeders' Rights Act* was passed following this Court's decision in *Pioneer Hi-Bred* that the soybean variety in question was unable to meet the written description requirement of the *Patent Act*, the point of view of the majority in *Chakrabarty* may have merit in the Canadian context. In other words, it may well be that the *Plant Breeders' Rights Act* was passed not out of recognition that higher life forms are not a patentable subject matter under the *Patent Act*, but rather out of recognition that plant varieties deserve some form of intellectual property protection despite the fact that they often do not meet the technical criteria of the *Patent Act*.

Nonetheless, this does not diminish the weight of the appellant's argument that although Parliament responded to *Pioneer Hi-Bred* by enacting special legislation for the protection of plant breeders, it did not address other higher life forms. This is particularly significant given the majority of the Federal

restreindre la portée des lois en matière de brevets. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où, comme en l'espèce, la composition visée par la demande de brevet soulève exceptionnellement des questions d'intérêt public.

191 Dans l'arrêt *Chakrabarty*, les juges majoritaires ont rejeté l'argument précité en affirmant que des facteurs autres que l'intention du Congrès d'exclure les formes de vie supérieures de la définition du mot « invention » étaient à l'origine de l'adoption de ces lois. Ils ont souligné notamment qu'avant 1930 on croyait que les plantes, même celles qui étaient cultivées artificiellement, étaient des produits de la nature aux fins d'application de la loi sur les brevets. Le deuxième obstacle à la protection des plantes au moyen d'un brevet était le fait qu'on considérait que les plantes ne se prêtaient pas à la [TRADUCTION] « description écrite » requise par la loi sur les brevets. En adoptant la *Plant Patent Act*, le Congrès a répondu à ces deux préoccupations. Les juges majoritaires ont également abordé la question de l'adoption de la *Plant Variety Protection Act* de 1970, qui, à leur avis, visait à assurer la protection des plantes à reproduction sexuée non visées par la loi de 1930.

192 Comme la *Loi sur la protection des obtentions végétales* a été adoptée à la suite de l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* dans lequel notre Cour a statué que la variété de soya en cause ne se prêtait pas à la description requise par la *Loi sur les brevets*, il se peut que le point de vue majoritaire dans l'arrêt *Chakrabarty* présente un certain intérêt dans le contexte canadien. En d'autres termes, il se peut bien que la *Loi sur la protection des obtentions végétales* ait été adoptée non pas en reconnaissance du fait que les formes de vie supérieures ne constituent pas un objet brevetable au sens de la *Loi sur les brevets*, mais plutôt en reconnaissance du fait que les variétés végétales méritent une certaine forme de protection en matière de propriété intellectuelle même si, souvent, elles ne satisfont pas aux critères techniques de la *Loi sur les brevets*.

193 Cela ne réduit toutefois pas le poids de l'argument de l'appelant selon lequel, même si le législateur a réagi à l'arrêt *Pioneer Hi-Bred* par l'adoption d'une loi particulière destinée à protéger les obtenteurs de variétés végétales, il ne s'est pas intéressé aux autres formes de vie supérieures. Cela est

Court of Appeal's conclusion in that case that crossbred plants did not fall within the definition of "invention" in the *Patent Act*, and the fact that this Court did not broach the subject, effectively leaving open the issue of whether or not such plants and other higher life forms are patentable subject matter. Given that the *status quo* position of the Patent Commissioner is that higher life forms are not patentable, had Parliament intended to extend patentability to higher life forms other than crossbred plants, it would likely have done so at that time.

194 Though the arguments above are not absolutely indicative of parliamentary intent, they are of some significance. Far more significant, in my view, is that the passage of the *Plant Breeders' Rights Act* demonstrates that mechanisms other than the *Patent Act* may be used to encourage inventors to undertake innovative activity in the field of biotechnology. As discussed above, the *Plant Breeders' Rights Act* is better tailored than the *Patent Act* to the particular characteristics of plants, a factor which makes it easier to obtain protection. The *quid pro quo* is that a narrower monopoly right is granted. For example, the monopoly right relates only to the propagating material (the seed and the cuttings) and not to the actual plant. As explained by Derzko, *supra*, at p. 161, "[t]his is done because, unlike inert objects that are patentable, and unlike unicellular organisms that replicate into exact copies of each other, higher organisms such as plants start off from a cell and then grow and differentiate into a complete plant". The following statement of the Honourable Donald Mazankowski (then Minister of Agriculture) demonstrates that the *Plant Breeders' Rights Act* was passed to accommodate the special characteristics of crossbred plants as self-reproducing higher life forms while at the same time striking an appropriate balance between the holder of the monopoly right and others:

particulièrement important compte tenu du fait que, dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale avaient conclu que les plantes hybrides n'étaient pas visées par la définition du mot « invention » dans la *Loi sur les brevets*, et du fait que notre Cour n'a pas abordé cette question, laissant ainsi en suspens la question de savoir si de telles plantes et d'autres formes de vie supérieures sont des objets brevetables. Étant donné que le commissaire aux brevets maintient le statu quo en considérant que les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables, si le législateur avait voulu étendre la brevetabilité aux formes de vie supérieures autres que les plantes hybrides, il l'aurait probablement fait à ce moment-là.

Bien qu'ils n'indiquent absolument pas quelle était l'intention du législateur, les arguments précités revêtent une certaine importance. Ce qui est encore plus significatif, selon moi, l'adoption de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* démontre que d'autres mécanismes que la *Loi sur les brevets* peuvent servir à encourager des inventeurs à se livrer à des activités novatrices dans le domaine de la biotechnologie. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur la protection des obtentions végétales* est mieux adaptée que la *Loi sur les brevets* aux caractéristiques particulières des plantes, ce qui facilite l'obtention d'une protection. En contrepartie, cette loi accorde un monopole moins étendu. Par exemple, ce monopole ne vise que le matériel de multiplication (graines et boutures) et non la plante elle-même. Comme l'explique Derzko, *loc. cit.*, p. 161, [TRADUCTION] « [i]l en est ainsi parce que, contrairement aux objets inanimés qui sont brevetables, et contrairement aux organismes unicellulaires qui reproduisent des copies exactes d'eux-mêmes, les organismes supérieurs comme les plantes commencent par une cellule, puis se développent pour atteindre le stade de plante complète distincte. » La déclaration suivante de l'honorable Donald Mazankowski (alors ministre de l'Agriculture) démontre que la *Loi sur la protection des obtentions végétales* a été adoptée afin de répondre aux caractéristiques particulières des plantes hybrides en tant que formes de vie supérieures autoreproductrices, tout en établissant un équilibre approprié entre le titulaire du monopole et les autres personnes :

. . . Bill C-15 is designed to allow Canadian producers access to the best possible plant varieties, whatever country they originate in. It provides for certain rights for plant breeders and outlines their application, and further details restrictions that will apply to these rights to better protect the public interest. The legislation is designed to deal with the complexities of the issue and that is why we have chosen this route rather than to amend the *Patent Act*.

(See House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act Respecting Plant Breeders' Rights*, Issue No 1, October 11, 1989 at p. 1:15.)

Although legislation addressing the rights of plant breeders was introduced into the House of Commons as early as May 1980, the *Plant Breeders' Rights Act* was not passed and brought into force until August 1990, some 10 years later (see Canadian Food Inspection Agency, *10-Year Review of Canada's Plant Breeders' Rights Act* (2002)). The CBAC has only very recently issued its final report to the Government of Canada on the patenting of higher life forms. Given the opportunity to consider the recommendations therein and other sources of information on the topic, it is not clear that Parliament would choose to strike the balance between the inventor of a higher life form and the public in the same way that the *Patent Act* does.

Many of the issues that arose with respect to intellectual property protection for plant varieties also arise when considering the patentability of other higher life forms (e.g. impact on farmers and on research and development). If a special legislative scheme were needed to protect plant varieties, a subset of higher life forms, a similar scheme may also be necessary to deal with the patenting of higher life forms in general. As noted above, only Parliament is in the position to respond to the concerns associated with the patenting of all higher life forms, should it wish to do so, by creating a complex legislative scheme as in the case of crossbred plants or by amending the *Patent Act*. Conversely, it is beyond the competence of this Court to address in

. . . le projet de loi C-15 est conçu de manière à rendre accessibles aux producteurs canadiens les meilleures variétés végétales de toute provenance. Il prévoit certains droits pour les obtenteurs et en définit les modalités d'application; de plus, il définit certaines restrictions qui s'appliqueront à ces droits pour mieux protéger l'intérêt public. La mesure est conçue en fonction de la complexité de toute cette question, et c'est ce qui explique pourquoi nous avons préféré cette solution plutôt que de modifier la *Loi sur les brevets*.

(Voir Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi concernant la protection des obtentions végétales*, fascicule n° 1, 11 octobre 1989, p. 1:15.)

195 Bien qu'une mesure législative visant les droits des obtenteurs de variétés végétales ait été déposée à la Chambre des communes dès le mois de mai 1980, la *Loi sur la protection des obtentions végétales* n'a été adoptée et n'est entrée en vigueur qu'en août 1990, soit une dizaine d'années plus tard (voir Agence canadienne d'inspection des aliments, *Révision décennale de la Loi sur la protection des obtentions végétales du Canada* (2002)). Ce n'est que récemment que le CCCB a remis au gouvernement du Canada son rapport final sur la brevetabilité des formes de vie supérieures. Compte tenu de la possibilité d'examiner les recommandations qui y figurent et d'autres sources de renseignements sur le sujet, il n'est pas certain que le législateur choisirait d'établir, à la façon de la *Loi sur les brevets*, un équilibre entre l'inventeur d'une forme de vie supérieure et le public.

196 Bon nombre des questions qui ont été soulevées au sujet de la protection en matière de propriété intellectuelle dont bénéficient les obtentions végétales se posent également lorsqu'il s'agit d'examiner la brevetabilité d'autres formes de vie supérieures (par exemple, l'incidence sur les agriculteurs et sur la recherche et le développement). Si un régime législatif particulier était nécessaire pour assurer la protection des variétés végétales, lesquelles constituent un sous-ensemble des formes de vie supérieures, il se peut qu'un régime semblable soit aussi nécessaire pour régir la délivrance de brevets pour les formes de vie supérieures en général. Je le répète, seul le législateur est en mesure de répondre aux préoccupations liées à la brevetabilité de toutes

a comprehensive fashion the issues associated with the patentability of higher life forms.

C. *Drawing the Line: Is it Defensible to Allow Patents on Lower Life Forms While Denying Patents on Higher Life Forms?*

197 The respondent notes that the Commissioner of Patents has since 1982 accepted that lower life forms come within the definitions of "composition of matter" and "manufacture" and has granted patents on such life forms accordingly. It adds that the *Patent Act* does not distinguish, in its definition of "invention", between subject matter that is less complex (lower life forms) and subject matter that is more complex (higher life forms). It submits that there is therefore no evidentiary or legal basis for the distinction the Patent Office has made between lower life forms such as bacteria, yeast and moulds, and higher life forms such as plants and animals.

198 The patentability of lower life forms is not at issue before this Court, and was in fact never litigated in Canada. In *Abitibi*, *supra*, the Patent Appeal Board, the Commissioner concurring, rejected the prior practice of the Patent Office and issued a patent on a microbial culture that was used to digest, and thereby purify, a certain waste product that emanates from pulp mills. The decision, in this regard, was based largely on the U.S. Supreme Court's decision in *Chakrabarty*, *supra*, and on the practice in Australia, Germany and Japan. Having noted that judicial bodies in these countries altered their interpretation of patentable subject matter to include micro-organisms, the Board observed, at p. 88: "[o]bviously the answer to the question before us, which once had seemed so clear and definite has become clouded and uncertain". The Board was careful to limit the

les formes de vie supérieures, s'il souhaite le faire, en créant un régime législatif complexe tel celui applicable aux plantes hybrides, ou en modifiant la *Loi sur les brevets*. À l'inverse, notre Cour n'est pas compétente pour procéder à un examen exhaustif des questions liées à la brevetabilité des formes de vie supérieures.

C. *Où tracer la ligne de démarcation? Peut-on permettre la délivrance de brevets pour des formes de vie inférieures tout en refusant de le faire pour des formes de vie supérieures?*

L'intimé fait remarquer que le commissaire aux brevets reconnaît, depuis 1982, que les formes de vie inférieures sont visées par les définitions des termes « fabrication » et « composition de matières » et qu'il a, de ce fait, accordé des brevets pour de telles formes de vie. Il ajoute que la *Loi sur les brevets* n'établit aucune distinction, dans sa définition du mot « invention », entre un objet moins complexe (formes de vie inférieures) et un objet plus complexe (formes de vie supérieures). Il fait valoir qu'il n'y a, par conséquent, aucun motif probatoire ou juridique qui justifie la distinction faite par le Bureau des brevets entre les formes de vie inférieures comme les bactéries, les levures et les moisissures, et les formes de vie supérieures comme les plantes et les animaux.

La brevetabilité des formes de vie inférieures n'est pas en cause devant notre Cour et, en fait, n'a jamais été débattue devant les tribunaux canadiens. Dans la décision *Abitibi*, précitée, la Commission d'appel des brevets a décidé — ce à quoi le commissaire a souscrit — de rejeter la pratique antérieure du Bureau des brevets et de délivrer un brevet pour une culture microbienne qui servait à digérer, et ainsi à purifier, certains résidus provenant des usines de pâtes et papiers. La décision de la Commission à cet égard était fondée en grande partie sur l'arrêt *Chakrabarty*, précité, de la Cour suprême des États-Unis et sur la pratique ayant cours en Australie, en Allemagne et au Japon. Après avoir souligné que des organismes judiciaires de ces pays avaient modifié leur interprétation des objets brevetables de façon à inclure des micro-organismes, la Commission a fait l'observation suivante (à la p. 88) : « De toute

subject matter to which the decision would apply (at p. 89):

> . . . this decision will extend to all micro-organisms, yeasts, moulds, fungi, bacteria, actinomycetes, unicellular algae, cell lines, viruses or protozoa; in fact to all new life forms which are produced *en masse* as chemical compounds are prepared, and are formed in such large numbers that any measurable quantity will possess uniform properties and characteristics.

évidence, la réponse à la question à l'étude, autrefois si claire et si nette, semble maintenant confuse et incertaine. » La Commission a pris soin de limiter l'objet auquel s'appliquerait sa décision (à la p. 89) :

> Cette décision va [. . .] s'étendre à tous les micro-organismes, champignons, virus ou protozoaires, à toutes les levures, moisissures, bactéries, actinomycètes, algues unicellulaires, lignées cellulaires et, en fait, à toutes les nouvelles formes de vie qui seront produites en grande quantité, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes.

Though this Court is not faced with the issue of the patentability of lower life forms, it must nonetheless address the respondent's argument that the line between higher and lower life forms is indefensible. As discussed above, I am of the opinion that the unique concerns and issues raised by the patentability of plants and animals necessitate a parliamentary response. Only Parliament has the institutional competence to extend patent rights or another form of intellectual property protection to plants and animals and to attach appropriate conditions to the right that is granted. In the interim, I see no reason to alter the line drawn by the Patent Office. The distinction between lower and higher life forms, though not explicit in the Act, is nonetheless defensible on the basis of common sense differences between the two. Perhaps more importantly, there appears to be a consensus that human life is not patentable; yet this distinction is also not explicit in the Act. If the line between lower and higher life forms is indefensible and arbitrary, so too is the line between human beings and other higher life forms.

199 Même si notre Cour n'est pas saisie de la question de la brevetabilité des formes de vie inférieures, elle doit quand même examiner l'argument de l'intimé voulant que la ligne de démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures soit injustifiable. Comme nous l'avons vu, j'estime que, en raison des préoccupations et des questions exceptionnelles soulevées par la brevetabilité des plantes et des animaux, la réponse doit venir du législateur. Seul le législateur a la compétence institutionnelle pour étendre aux plantes et aux animaux les droits conférés par brevet ou une autre forme de protection en matière de propriété intellectuelle et pour assortir de conditions adéquates le droit conféré. Entre-temps, je ne vois aucune raison de modifier la ligne de démarcation tracée par le Bureau des brevets. Bien qu'elle ne soit pas explicite dans la Loi, la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est néanmoins justifiable en raison des différences qui, d'après le bon sens, existent entre les deux. Qui plus est peut-être, l'idée que la vie humaine n'est pas brevetable semble faire l'objet d'un consensus; pourtant cette distinction n'est pas elle non plus explicite dans la Loi. Si la ligne de démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est injustifiable et arbitraire, il en sera de même de celle qui sépare les êtres humains des autres formes de vie supérieures.

The appellant submits that a fully developed non-human mammal is worlds apart from a yeast, a mould, or even the single-celled egg leading to its development. Whereas simple organisms are

200 L'appelant fait valoir qu'un mammifère non humain complètement développé n'a rien de commun avec une levure ou une moisissure, ni même avec l'œuf monocellulaire qui conduit à

easily defined or identified by reference to a limited number of properties, complex life forms are not. In addition, simple organisms are often produced by processes similar to the manufacture of chemicals, while complex intelligent life forms are not.

201 As I stated above, the issue of whether a lower life form is a "composition of matter" or "manufacture" was never challenged in the courts in this country and it is difficult to say whether the Canadian courts would have followed the approach of the majority of the U.S. Supreme Court in *Chakrabarty*, *supra*, or whether the approach of the minority would have been preferred. Regardless of the wisdom of the decision, it is now accepted in Canada that lower life forms are patentable. Nonetheless, I agree with the appellant that this does not necessarily lead to the conclusion that higher life forms are patentable, at least in part for the reasons that it is easier to conceptualize a lower life form as a "composition of matter" or "manufacture" than it is to conceptualize a higher life form in these terms.

202 First, as noted in *Abitibi*, *supra*, at p. 89, micro-organisms are produced "*en masse* as chemical compounds are prepared, and are formed in such large numbers that any measurable quantity will possess uniform properties and characteristics". The same cannot be said for plants and animals. In *re Bergy, Coats, and Malik*, 195 U.S.P.Q. 344 (1977), the U.S. Court of Customs and Patent Appeals explained the distinction in terms of process, at p. 350:

> The nature and commercial uses of biologically pure cultures of microorganisms . . . are much more akin to inanimate chemical compositions such as reactants, reagents, and catalysts than they are to horses and honeybees or raspberries and roses.

son développement. Alors que les organismes simples sont facilement définissables ou identifiables en raison de leur nombre limité de propriétés, il n'en est pas de même des formes de vie complexes. De plus, les organismes simples sont souvent produits par des procédés semblables aux procédés de fabrication de produits chimiques, ce qui n'est pas le cas des formes de vie intelligentes complexes.

Je le répète, la question de savoir si une forme de vie inférieure est une « composition de matières » ou une « fabrication » n'a jamais fait l'objet d'un débat en justice dans notre pays et il est difficile de dire si les tribunaux canadiens auraient suivi l'approche retenue par les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Chakrabarty*, précité, ou s'ils auraient préféré celle des juges dissidents. Indépendamment de la sagesse de cette décision, il est maintenant accepté au Canada que les formes de vie inférieures sont brevetables. Néanmoins, je suis d'accord avec l'appelant pour dire que cela n'amène pas nécessairement à conclure que les formes de vie supérieures sont brevetables, à tout le moins, notamment, parce qu'il est plus facile de percevoir une forme de vie inférieure comme une « composition de matières » ou une « fabrication » que de percevoir ainsi une forme de vie supérieure.

En premier lieu, tel mentionné dans la décision *Abitibi*, précitée, p. 89, les micro-organismes sont produits « en grande quantité, comme dans le cas de la production de composés chimiques, et en si grand nombre que toute quantité mesurable possédera des propriétés et des caractéristiques uniformes. » On ne peut pas en dire autant des plantes et des animaux. Dans la décision *Re Bergy, Coats, and Malik*, 195 U.S.P.Q. 344 (1977), la Court of Customs and Patent Appeals des États-Unis a expliqué la distinction en termes de procédé, à la p. 350 :

> [TRADUCTION] De par leur nature et leurs usages commerciaux, les cultures biologiquement pures de micro-organismes [. . .] s'apparentent beaucoup plus aux composés chimiques inanimés comme les réactants, les réactifs et les catalyseurs qu'aux chevaux et aux abeilles, ou aux framboises et aux roses.

The difference in the end product was noted by Derzko, *supra*, at p. 161, in reference to the *Plant Breeders' Rights Act*:

> The rights do not extend to the actual plant. This is done because, unlike inert objects that are patentable, and unlike unicellular organisms that replicate into exact copies of each other, higher organisms such as plants start off from a cell and then grow and differentiate into a complete plant. The difficulty lies in having to decide what should and should not be protected.

The above distinction was rejected by Rothstein J.A. on the rationale that so long as the mouse contains the desired feature (the oncogene), it does not matter whether the inventor is capable of controlling the other features of the mouse. I agree that Rothstein J.A.'s reasoning makes sense when approaching the issue of whether the invention meets the requirement of being new, useful and non-obvious. If the oncomouse contains the oncogene, it does not make any difference whether its fur is brown or grey. Nonetheless, the argument has some merit when considering the threshold issue of whether the mouse can be categorized as a "composition of matter" or "manufacture". For the reasons cited above, it is far easier to analogize a micro-organism to a chemical compound or other inanimate object than it is to analogize a plant or an animal to an inanimate object.

Second, this appeal deals specifically with the issue of whether an animal (in particular a mammal) can be considered to be a "composition of matter" or "manufacture". Several important features possessed by animals distinguish them from both micro-organisms and plants and remove them even further from being considered a "composition of matter" or a "manufacture". In particular, the capacity to display emotion and complexity of reaction and to direct behaviour in a manner that is not predictable as stimulus and response, is unique to animal forms of life. The interveners Animal Alliance of Canada, International Fund for Animal Welfare Inc. and Zoocheck Canada Inc. cast the distinction in the following terms: "[h]igher life forms are distinguishable from 'lower life forms' for which patents have

Derzko, *loc. cit.*, p. 161, a souligné la différence de résultat en fonction de la *Loi sur la protection des obtentions végétales* :

> [TRADUCTION] Les droits ne s'appliquent pas à la plante elle-même. Il en est ainsi parce que, contrairement aux objets inanimés qui sont brevetables, et contrairement aux organismes unicellulaires qui reproduisent des copies exactes d'eux-mêmes, les organismes supérieurs comme les plantes commencent par une cellule, puis se développent pour atteindre le stade de plante complète distincte. Le problème est de décider ce qui doit être protégé et ce qui ne doit pas l'être.

203 Le juge Rothstein a rejeté la distinction susmentionnée pour le motif que, tant et aussi longtemps que la souris comporte la caractéristique souhaitée (l'oncogène), il n'importe pas de savoir si l'inventeur est capable d'en contrôler les autres caractéristiques. Je conviens que le raisonnement du juge Rothstein est logique lorsqu'on se demande si l'invention remplit la condition voulant qu'elle soit nouvelle, utile et non évidente. Du moment que l'oncosouris est porteuse de l'oncogène, il est sans importance que son poil soit brun ou gris. L'argument est toutefois valide jusqu'à un certain point lorsqu'il s'agit de répondre à la question préliminaire de savoir si la souris peut être considérée comme une « composition de matières » ou une « fabrication ». Pour les raisons précitées, il est beaucoup plus facile d'assimiler un micro-organisme à un composé chimique ou à un autre objet inanimé que d'assimiler une plante ou un animal à un objet inanimé.

204 En deuxième lieu, le pourvoi porte expressément sur la question de savoir si un animal (et en particulier un mammifère) peut être considéré comme une « composition de matières » ou une « fabrication ». Plusieurs caractéristiques importantes des animaux les distinguent à la fois des micro-organismes et des plantes et les soustraient encore plus à la possibilité de les considérer comme une « composition de matières » ou une « fabrication ». Plus particulièrement, la capacité de manifester des émotions et d'avoir des réactions complexes, ainsi que d'adopter un comportement non prévisible comme dans le cas d'un réflexe déclenché par un stimulus, est propre aux formes de vie animales. Les intervenants l'Alliance animale du Canada, le Fonds international pour la protection des animaux inc. et Zoocheck

already issued, in that, *inter alia*, they are sentient and conscious". Of course, if sentience is the determining factor that renders a higher life form incapable of receiving patent protection, then the current line between higher and lower life forms is misplaced. As stated earlier, given the complexity of the issues involved, it is not the task of the Court to situate the line. It may well be that Parliament chooses to exclude plants from patentability for other reasons, such as their capability to self-propagate and the infringement issues that this raises.

205 Finally, the respondent refers to the World Trade Organization's *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), 1869 U.N.T.S. 299, and the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), Can. T.S. 1994 No. 2, which both contain an article whereby members may "exclude from patentability" certain subject matter, including plants and animals other than micro-organisms. The respondent argues that it is apparent from this provision that plants and animals are considered patentable, unless specifically excluded from patentability. I see little merit to this argument since the *status quo* position in Canada is that higher life forms are not a patentable subject matter, regardless of the fact that there is no explicit exclusion in the *Patent Act*. In my view, the fact that there is a specific exception in TRIPS and NAFTA for plants and animals does however demonstrate that the distinction between higher and lower life forms is widely accepted as valid.

206 As I remarked above, it is up to Parliament and not the courts to assess the validity of the distinction drawn by the Patent Office between higher life forms and lower life forms. Yet, even if this Court were to alter the *status quo* and find higher life forms patentable, it would be unable to avoid engaging in

Canada Inc. formulent ainsi la distinction : [TRADUCTION] « [l]es formes de vie supérieures se distinguent des "formes de vie inférieures" pour lesquelles des brevets ont déjà été délivrés par le fait, notamment, qu'elles sont conscientes et douées de sensation ». Il va sans dire que si le fait d'être doué de sensation est le facteur déterminant qui soustrait une forme de vie supérieure à la protection des brevets, alors la ligne de démarcation actuelle entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est mal située. Comme nous l'avons vu, eu égard à la complexité des questions en cause, il n'appartient pas à notre Cour de décider où fixer la limite. Il se peut bien que le législateur choisisse de soustraire les plantes à la brevetabilité pour d'autres raisons, telle leur capacité de se multiplier elles-mêmes et les problèmes de contrefaçon qui en résultent.

L'intimé mentionne enfin l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), 1869 R.T.N.U 332, de l'Organisation mondiale du commerce et l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA), R.T. Can. 1994 n° 2, qui contiennent tous les deux une disposition permettant aux membres d'« exclure de la brevetabilité » certains objets, dont les plantes et les animaux autres que les micro-organismes. L'intimé prétend qu'il ressort de cette disposition que les plantes et les animaux sont jugés brevetables, à moins d'être soustraits expressément à la brevetabilité. Cet argument me semble peu fondé étant donné que, selon le statu quo qui existe au Canada, les formes de vie supérieures ne sont pas brevetables, indépendamment de l'absence d'exclusion explicite dans la *Loi sur les brevets*. Toutefois, j'estime que le fait que l'ADPIC et l'ALÉNA comportent une exception applicable aux plantes et aux animaux démontre que la validité de la distinction entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures est largement reconnue.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d'apprécier la validité de la distinction établie par le Bureau des brevets entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures. Encore est-il que, même si notre Cour devait modifier le statu quo et

line-drawing. The majority of the Federal Court of Appeal, which found that the *Patent Act* did apply to higher life forms, was nonetheless compelled to draw a distinction between higher life forms and human beings. In doing so, it merely substituted one line, that between humans and animals, for the line preferred by the Patent Office, that between higher and lower life forms. In my opinion, the decision to move the line in this manner was ill-advised. As I stated earlier when considering the definition of "invention", the patenting of all plants and animals, and not just human beings, raises several concerns that are not appropriately dealt with in the *Patent Act*. In addition, a judicially crafted exception from patentability for human beings does not adequately address issues such as what defines a human being and whether parts of the human body as opposed to the entire person would be patentable.

conclure que les formes de vie supérieures sont brevetables, elle devrait inévitablement tracer une ligne de démarcation. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, qui ont conclu que la *Loi sur les brevets* s'appliquait aux formes de vie supérieures, ont néanmoins été forcés d'établir une distinction entre les formes de vie supérieures et les êtres humains. Ce faisant, ils ont tout simplement substitué une ligne de démarcation entre les êtres humains et les animaux à celle privilégiée par le Bureau des brevets, à savoir la ligne de démarcation entre les formes de vie supérieures et les formes de vie inférieures. À mon avis, la décision de modifier ainsi la ligne de démarcation était malencontreuse. Comme je l'ai mentionné précédemment en examinant la définition du mot « invention », la délivrance de brevets pour toutes les plantes et tous les animaux, et non seulement pour les êtres humains, suscite plusieurs préoccupations que la *Loi sur les brevets* ne traite pas de manière appropriée. En outre, une exception établie par les tribunaux qui a pour effet de soustraire les êtres humains à la brevetabilité ne répond pas adéquatement aux questions comme celles de savoir ce qui définit un être humain et quelles parties du corps humain, par opposition à la personne toute entière, seraient brevetables.

VI. Conclusion

For the reasons given above, the appeal is allowed. No order as to costs will be given in light of the Commissioner's oral submissions.

Appeal allowed, McLachlin C.J. *and* Major, Binnie *and* Arbour JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Smart & Biggar, Ottawa.

Solicitors for the interveners Canadian Council of Churches and Evangelical Fellowship of Canada: Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitors for the interveners Canadian Environmental Law Association, Greenpeace

VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est accueilli. Aucune ordonnance n'est rendue en matière de dépens, compte tenu des observations faites de vive voix par le commissaire. 207

Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin *et les juges* Major, Binnie *et* Arbour *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Smart & Biggar, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien des Églises et l'Alliance évangélique du Canada : Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne du droit de l'environnement, Greenpeace

Canada, Canadian Association of Physicians for the Environment, Action Group on Erosion, Technology and Concentration, and Canadian Institute for Environmental Law and Policy: The Canadian Environmental Law Association, Toronto.

Solicitors for the intervener Sierra Club of Canada: The Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Solicitors for the interveners Animal Alliance of Canada, International Fund for Animal Welfare Inc., and Zoocheck Canada Inc.: Ruby & Edwardh, Toronto.

Canada, l'Association canadienne des médecins pour l'environnement, Action Group on Erosion, Technology and Concentration et l'Institut canadien du droit et de la politique de l'environnement : L'Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Sierra Club du Canada : Le Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Alliance animale du Canada, le Fonds international pour la protection des animaux inc. et Zoocheck Canada Inc. : Ruby & Edwardh, Toronto.

Apotex Inc. and Novopharm Ltd. *Appellants*

v.

Wellcome Foundation Limited, Glaxo Wellcome Inc., Interpharm Inc. and Allen Barry Shechtman *Respondents*

INDEXED AS: APOTEX INC. *v.* WELLCOME FOUNDATION LTD.

Neutral citation: 2002 SCC 77.

File No.: 28287.

2002: February 14; 2002: December 5.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Validity — Standard of review — Appropriate standard of review of patent issues of mixed fact and law.

Patents — Validity — Biotechnology — New use for old compound — Statutory requirement for invention — Utility — Doctrine of sound prediction — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether patent valid — Whether doctrine of sound prediction applies — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 "invention", 27, 34(1).

Patents — Validity — Covetous claiming — Patent holder claiming prophylactic as well as treatment properties for AZT — Whether claim exceeds disclosure.

Patents — Inventorship — Inventors and verifiers — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether verifiers who performed critical testing co-inventors — Whether omission to name them "wilfully made for the purpose of misleading" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 53(1).

AIDS is one of the great health scourges of the modern world. AZT was one of the earliest and is still one of the

Apotex Inc. et Novopharm Ltd. *Appelantes*

c.

Wellcome Foundation Limited, Glaxo Wellcome Inc., Interpharm Inc. et Allen Barry Shechtman *Intimés*

RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. *c.* WELLCOME FOUNDATION LTD.

Référence neutre : 2002 CSC 77.

N° du greffe : 28287.

2002 : 14 février; 2002 : 5 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Validité — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux questions mixtes de droit et de fait en matière de brevets.

Brevets — Validité — Biotechnologie — Nouvelle utilisation d'un composé déjà connu — Condition légale à remplir pour qu'il y ait invention — Utilité — Règle de la prédiction valable — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Le brevet est-il valide? — La règle de la prédiction valable s'applique-t-elle? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention », 27, 34(1).

Brevets — Validité — Visées trop ambitieuses — Titulaire du brevet revendiquant des propriétés prophylactiques et thérapeutiques en ce qui concerne l'AZT — Cette revendication excède-t-elle la portée de la divulgation?

Brevets — Paternité de l'invention — Inventeurs et vérificateurs — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Les vérificateurs ayant effectué des tests cruciaux sont-ils des coïnventeurs? — L'omission de les désigner a-t-elle été « volontairement faite pour induire en erreur »? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 53(1).

Le sida est l'un des grands fléaux des temps modernes. L'AZT a été l'un des premiers médicaments utilisés

most effective drugs for its treatment. The respondents (collectively referred to as "Glaxo/Wellcome") identified a new use for an old compound. They conceived the idea that AZT would work in humans against the HIV retrovirus. Since Glaxo/Wellcome was not equipped to undertake the required testing, it turned to a number of outside laboratories. One of these was the National Institutes of Health (NIH), where two scientists performed critical blind testing on the AZT and other compounds (none of which was identified) supplied by Glaxo/Wellcome. In mid-February 1985, the NIH scientists found that AZT did indeed inhibit HIV replication in their *in vitro* HIV assay system and so advised the respondents. Thereafter, on March 16, 1985, Glaxo/Wellcome filed in the United Kingdom the patent application from which the Canadian patent claims priority.

The appellants, generic drug manufacturers, challenged the validity of Glaxo/Wellcome's patent on the basis that the necessary utility had not been established as of the priority date of the patent, that the claims covered more than the invention (prophylactic properties as well as treatment properties), and that the disclosure was misleading because it omitted any reference to the NIH "co-inventors". The trial judge rejected the substance of this attack, and declared certain of the claims to be valid and infringed. The Federal Court of Appeal, with a minor variation, dismissed the appeal.

Held: The appeals should be dismissed.

The evidence accepted by the trial judge showed that by the date the U.K. patent was applied for, March 16, 1985, Glaxo/Wellcome had sufficient information about AZT and its activity against HIV in human cells to make a sound prediction that AZT would be useful in the treatment and prophylaxis of HIV/AIDS in human beings. To the extent its claims went beyond the limits within which the prediction remained sound, the Federal Court properly struck them out.

The doctrine of "sound prediction" balances the public interest in early disclosure of new and useful inventions, even before their utility has been fully verified by tests, and the public interest in avoiding cluttering the public domain with useless patents and granting monopoly rights in exchange for speculation or misinformation. While allowing a patent based on speculation would have been unfair to the public, requiring Glaxo/Wellcome to

pour traiter cette maladie et il demeure toujours l'un des plus efficaces à cet égard. Les intimés (désignés collectivement sous le nom de « Glaxo/Wellcome ») ont découvert une nouvelle utilisation d'un composé déjà connu. Ils ont compris que l'AZT serait efficace pour combattre le rétrovirus VIH chez l'être humain. Parce qu'elle n'était pas en mesure d'effectuer les tests requis, Glaxo/Wellcome a eu recours aux services d'un certain nombre de laboratoires indépendants. L'un d'eux était le National Institutes of Health (NIH), où deux scientifiques ont effectué des tests en aveugle cruciaux sur l'AZT et d'autres composés (tous anonymes) fournis par Glaxo/Wellcome. À la mi-février 1985, en soumettant le VIH à des épreuves de dosage *in vitro*, les scientifiques du NIH ont découvert que l'AZT inhibait effectivement la réplication du VIH, et ils ont fait part de leur découverte aux intimés. Par la suite, Glaxo/Wellcome a déposé sa demande de brevet au Royaume-Uni le 16 mars 1985, qui est la date de priorité sur laquelle se fonde le brevet canadien.

Les appelantes, qui sont des fabricantes de médicaments génériques, contestent la validité du brevet de Glaxo/Wellcome en faisant valoir que l'utilité requise n'était pas établie à la date de priorité du brevet, que les revendications excédaient la portée de l'invention (propriétés prophylactiques et propriétés thérapeutiques) et que la divulgation induisait en erreur du fait qu'elle ne mentionnait pas les « coïnventeurs » travaillant pour le NIH. Le juge de première instance a rejeté, pour l'essentiel, cette contestation et a décidé que certaines revendications étaient valides et contrefaites. La Cour d'appel fédérale, sous réserve d'une petite nuance, a rejeté l'appel.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Selon la preuve retenue par le juge de première instance, Glaxo/Wellcome possédait, le 16 mars 1985, date de la demande de brevet britannique, assez de renseignements au sujet de l'AZT et de son action sur le VIH dans des cellules humaines pour prédire valablement que l'AZT serait utile dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida chez l'être humain. Dans la mesure où ses revendications excédaient les limites à l'intérieur desquelles la prédiction demeurait valable, la Cour fédérale les a invalidées à bon droit.

La règle de la « prédiction valable » établit un équilibre entre l'intérêt public à ce que les inventions nouvelles et utiles soient divulguées rapidement, même avant qu'on en ait vérifié l'utilité par des tests, et l'intérêt public qu'il y a à éviter d'encombrer le domaine public de brevets inutiles et de consentir un monopole pour une désinformation. Alors qu'il aurait été injuste pour le public que l'on se fonde sur des spéculations pour accorder un

demonstrate AZT's efficacy through the clinical tests required for approval of a new drug for medical prescription would have been unfair to Glaxo/Wellcome. The disclosure made in the patent was and is of real use and benefit and Glaxo/Wellcome, by making the disclosure, fulfilled its side of the bargain with the public. It was therefore entitled to legal protection for what it disclosed.

The Commissioner's decision in this case largely raises mixed questions of law and fact. The *Patent Act* has no privative clause and provides an unfettered right of appeal to the Federal Court. The statutory presumption of the patent's validity in s. 45 is weakly worded and adds little to the usual onus already resting on the attacking party. Nevertheless, fact finding by the Commissioner, who has considerable expertise in these matters, generally commands deference. In these circumstances, the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

Utility is an essential part of the statutory definition of an "invention". The inventor must be in a position to establish utility as of the date the patent is applied for, on the basis of either demonstration or sound prediction based on the information and expertise then available. Where the subject matter of the patent is a new use for an old chemical compound, it is not enough that the invention is reduced to a definite and practical shape by the formulation of a written or oral description. Nor is it enough for a patent owner to be able to buttress speculation with post-patent proof. If a patent sought to be supported on the basis of sound prediction is subsequently challenged, the challenge will succeed if the prediction at the date of application was not sound, or, irrespective of the soundness of the prediction, there is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered.

The doctrine of sound prediction has three components. Firstly, there must be a factual basis for the prediction. Secondly, the inventor must have at the date of the patent application an articulable and "sound" line of reasoning from which the desired result can be inferred from the factual basis. Thirdly, there must be proper disclosure. The soundness (or otherwise) of the prediction is a question of fact. The doctrine of sound prediction, in its nature, presupposes that further work remains to be done. Care must be taken, however, that the doctrine is not abused, and that sound prediction is not diluted to include a lucky guess or mere speculation.

brevet, il aurait été injuste pour Glaxo/Wellcome qu'on l'oblige à démontrer l'efficacité de l'AZT au moyen des essais cliniques auxquels un nouveau médicament sur ordonnance doit être soumis avant d'être approuvé. La divulgation faite dans le brevet a été, et est toujours, vraiment utile et profitable, et en faisant cette divulgation Glaxo/Wellcome a tenu ses engagements envers le public. Elle avait donc le droit de bénéficier de la protection offerte par la loi en ce qui concerne l'information qu'elle a divulguée.

En l'espèce, la décision du commissaire soulève principalement des questions mixtes de droit et de fait. La *Loi sur les brevets* ne comporte aucune clause privative et prévoit un droit d'appel illimité à la Cour fédérale. La formulation de la présomption de validité du brevet, à l'art. 45, est faible et augmente peu la charge habituelle incombant à la partie qui attaque la validité du brevet. Néanmoins, les conclusions de fait du commissaire, qui possède une expertise considérable en la matière, commandent généralement la retenue judiciaire. Dans ces circonstances, la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable *simpliciter*.

L'utilité est une composante essentielle de la définition légale du mot « invention ». L'inventeur doit, à la date de la demande de brevet, être en mesure d'établir l'utilité de l'invention au moyen d'une démonstration ou d'une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Lorsque l'objet du brevet est une nouvelle utilisation d'un composé chimique déjà connu, il ne suffit pas de présenter l'invention sous une forme définie et pratique par la formulation d'une description écrite ou verbale. Il ne suffit pas non plus que le titulaire du brevet soit en mesure d'étayer ses spéculations au moyen d'une preuve postérieure à la délivrance du brevet. Si un brevet qu'on a tenté d'étayer par une prédiction valable est par la suite contesté, la contestation réussira si la prédiction n'était pas valable à la date de la demande ou si, indépendamment du caractère valable de la prédiction, il y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé.

La règle de la prédiction valable comporte trois éléments. Premièrement, la prédiction doit avoir un fondement factuel. Deuxièmement, à la date de la demande de brevet, l'inventeur doit avoir un raisonnement clair et « valable » qui permette d'inférer du fondement factuel le résultat souhaité. Troisièmement, il doit y avoir divulgation suffisante. La question de savoir si la prédiction est valable est une question de fait. De par sa nature, la règle de la prédiction valable présuppose l'existence d'autres travaux à accomplir. Il faut se garder d'appliquer la règle de la prédiction valable de manière abusive et de la diluer au point d'inclure les vœux pieux ou les simples spéculations.

With regard to covetous claiming, it was open to the respondents to claim prophylactic as well as treatment properties. The patent disclosure includes some information described as "Preventing Infection by AIDV", which describes an experiment which showed "decreased infection" of cells in the presence of AZT. The patent then identifies the mechanism by which AZT prevents "the development of signs and symptoms" of AIDS (and is thus prophylactic to AIDS). HIV offers an incubation period in which the virus is present but vulnerable to attack. It is this specific feature that was targeted by the "chain termination" effect known and disclosed by Glaxo/Wellcome at the time of the patent application, and which afforded the basis for its prediction that AZT had prophylactic properties. In these circumstances, the appellants have not demonstrated any palpable and overriding error with respect to this finding by the trial judge.

The appellants contend that the NIH scientists were "co-inventors" and ought to have been so identified in the patent. In the steps leading from conception to patentability, the inventor(s) may utilize the services of others, who may be highly skilled, but those others will not be co-inventors unless they participated in the inventive concept as opposed to its verification. If Glaxo/Wellcome had soundly predicted that AZT could cure nausea in the weightlessness of space for example, it might require NASA and all its rocket ship expertise to "establish" the utility, but NASA would not on that account become a co-inventor. Despite the contribution of the NIH scientists, therefore, they were not co-inventors of the patent in suit.

Moreover, a patent is only void pursuant to s. 53(1) of the *Patent Act* if it contains a "material" misstatement that is "wilfully made for the purpose of misleading". Here, there was no evidence whatsoever that the omission to name the NIH scientists was "wilfully made for the purpose of misleading".

Cases Cited

Considered: *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; *Olin Mathieson Chemical Corp. v. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157; *Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents* (1982), 65 C.P.R. (2d) 73; *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521; **distinguished:** *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Ernest*

Quant aux visées trop ambitieuses, il était loisible aux intimés de revendiquer des propriétés prophylactiques et thérapeutiques. Le brevet divulgue notamment, sous la rubrique « Prévention de l'infection au VIH », des renseignements concernant une expérience qui a permis de constater une « diminution du nombre de cellules infectées » en présence de l'AZT. Le brevet décrit ensuite le mécanisme par lequel l'AZT prévient « l'apparition des signes et des symptômes » du sida (et est donc prophylactique à l'égard du sida). Le VIH comporte une période d'incubation pendant laquelle le virus est présent mais vulnérable. C'est cette caractéristique particulière que ciblait l'effet « bloquant sur l'élongation de la chaîne », que Glaxo/Wellcome connaissait et qu'elle a divulgué au moment de la demande de brevet, et qui a servi de fondement à sa prédiction que l'AZT aurait des propriétés prophylactiques. Dans ces circonstances, les appelantes n'ont pas démontré que cette conclusion du juge de première instance était entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Les appelantes soutiennent que les scientifiques du NIH étaient des « coïnventeurs » et qu'ils auraient dû être désignés comme tels dans le brevet. Dans l'intervalle qui sépare la conception et la brevetabilité, l'inventeur peut avoir recours aux services d'autres personnes qui peuvent être très compétentes, mais ces autres personnes ne seront des coïnventeurs que si elles ont participé à la réalisation de l'idée originale plutôt qu'à sa vérification. Par exemple, si Glaxo/Wellcome avait prédit valablement que l'AZT pourrait guérir la nausée résultant de l'état d'apesanteur dans l'espace, elle aurait peut-être besoin de la NASA et de tous ses experts de l'aérospatiale pour « établir » l'utilité du médicament, ce qui ne ferait pas pour autant de la NASA un coïnventeur. Par conséquent, en dépit de leur contribution, les scientifiques du NIH n'étaient pas des coïnventeurs du brevet en cause.

De plus, aux termes du par. 53(1) de la *Loi sur les brevets*, un brevet est nul seulement s'il contient une déclaration inexacte « importante » qui est « volontairement faite pour induire en erreur ». En l'espèce, il n'existait aucune preuve que l'omission de désigner les scientifiques du NIH a été « volontairement faite pour induire en erreur ».

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; *Olin Mathieson Chemical Corp. c. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157; *Ciba-Geigy Ag. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1982] A.C.F. nº 425 (QL); *Beecham Group Ltd. c. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521; **distinction d'avec les arrêts :** *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*,

Scragg & Sons Ltd. v. Leesona Corp., [1964] Ex. C.R. 649; *Koehring Canada Ltd. v. Owens-Illinois Inc.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 1, leave to appeal refused, [1980] 2 S.C.R. ix; *Permutit Co. v. Borrowman*, [1926] 4 D.L.R. 285; *C.G.E. Co. v. Fada Radio Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 449; **referred to:** *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111; *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories Inc.*, 32 U.S.P.Q. 2d 1915 (1994); *Travis v. Baker*, 137 F.2d 109 (1943); *Rubbermaid (Canada) Ltd. v. Tucker Plastic Products Ltd.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 6; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Procter & Gamble Co. v. Bristol-Myers Canada Ltd.* (1979), 42 C.P.R. (2d) 33, aff'g (1978), 39 C.P.R. (2d) 145; *Christiani v. Rice*, [1930] S.C.R. 443; *May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23; *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289; *Biogen Inc. v. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1; *Mullard Radio Valve Co. v. Philco Radio and Television Corp.* (1936), 53 R.P.C. 323; *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555; *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] S.C.R. 950; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Genentech Inc.'s Patent*, [1989] R.P.C. 147; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *May & Baker Ltd. v. Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255; *Henry Brothers (Magherafelt) Ltd. v. Ministry of Defence and the Northern Ireland Office*, [1997] R.P.C. 693; *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1942] Ex. C.R. 87; *Gerrard Wire Tying Machines Co. of Canada v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] Ex. C.R. 170; *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14, rev'd *sub nom. Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.*, [1974] S.C.R. 1336.

Statutes and Regulations Cited

Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870, s. C.08.002(2) [am. SOR/95-411, s. 4(2)].

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 "invention", 27(1), (3), 34(1)(*a*), (*b*), (*d*), (*e*), 40, 42, 45, 53(1), (2).

Patents Act, 1949 (U.K.), 1949, c. 87, ss. 4(3), 32(1)(*i*).

Authors Cited

"Agency Wants to End AIDS Drug Monopoly", *The New York Times*, May 29, 1991, p. A24.

Black's Medical Dictionary, 39th ed. Lanham: Madison Books, 1999, "prophylaxis".

[2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Ernest Scragg & Sons Ltd. c. Leesona Corp.*, [1964] R.C. de l'É. 649; *Owens-Illinois Inc. c. Koehring Canada Ltd.*, [1980] A.C.F. nº 927 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1980] 2 R.C.S. ix; *Permutit Co. c. Borrowman*, [1926] 4 D.L.R. 285; *C.G.E. Co. c. Fada Radio Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 449; **arrêts mentionnés :** *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536; *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111; *Burroughs Wellcome Co. c. Barr Laboratories Inc.*, 32 U.S.P.Q. 2d 1915 (1994); *Travis c. Baker*, 137 F.2d 109 (1943); *Rubbermaid (Canada) Ltd. c. Tucker Plastic Products Ltd.*, [1972] A.C.F. nº 1003 (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Procter & Gamble Co. c. Bristol-Myers Canada Ltd.*, [1979] A.C.F. nº 405 (QL), conf. [1978] A.C.F. nº 812 (QL); *Christiani c. Rice*, [1930] R.C.S. 443; *May & Baker Ltd. c. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23; *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289; *Biogen Inc. c. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1; *Mullard Radio Valve Co. c. Philco Radio and Television Corp.* (1936), 53 R.P.C. 323; *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555; *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc c. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] R.C.S. 950; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Genentech Inc.'s Patent*, [1989] R.P.C. 147; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *May & Baker Ltd. c. Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255; *Henry Brothers (Magherafelt) Ltd. c. Ministry of Defence and the Northern Ireland Office*, [1997] R.P.C. 693; *Kellogg Co. c. Kellogg*, [1942] R.C. de l'É. 87; *Gerrard Wire Tying Machines Co. of Canada c. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170; *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14, inf. par *sub nom. Sandoz Patents Ltd. c. Gilcross Ltd.*, [1974] R.C.S. 1336.

Lois et règlements cités

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention », 27(1), (3), 34(1)*a*), *b*), *d*), *e*), 40, 42, 45, 53(1), (2).

Patents Act, 1949 (R.-U.), 1949, ch. 87, art. 4(3), 32(1)*i*).

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870, art. C.08.002(2) [mod. DORS/95-411, art. 4(2)].

Doctrine citée

« Agency Wants to End AIDS Drug Monopoly », *The New York Times*, 29 mai 1991, p. A24.

Black's Medical Dictionary, 39th ed. Lanham : Madison Books, 1999, « prophylaxis ».

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. London: Butterworths, 1978, "Clinical prophylaxis", "Drug prophylaxis" and "Gametocidal prophylaxis".

Case Comment, "Patent Law — Pharmaceuticals — Federal Circuit Upholds Patents for AIDS Treatment Drug — *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.*, 40 F.3d 1223 (Fed. Cir. 1994)" (1995), 108 *Harv. L. Rev.* 2053.

Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988.

Fisher, Harold, and Russel S. Smart. *Canadian Patent Law and Practice.* Toronto: Canada Law Book, 1914.

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Godson, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions, and of Copyright*, 2nd ed. London: William Benning & Co., 1851.

Mitsuya, Kiroaki, et al. Letter to the editor, *The New York Times*, September 20, 1989.

Oxford English Dictionary, vol. XII, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford: Clarendon Press, 1989, "prophylaxis".

Yardley, Jim. "Industry Giant Owns Right to AIDS Drug? N.C. Trial to Decide", *Atlanta Constitution*, June 27, 1993, p. A4.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2001] 1 F.C. 495, (2000), 195 D.L.R. (4th) 641, 10 C.P.R. (4th) 65, 262 N.R. 137, allowing in part appeals and cross-appeals from a judgment of Wetston J. (1998), 145 F.T.R. 161, 79 C.P.R. (3d) 193, [1998] F.C.J. No. 382 (QL). Appeals dismissed.

Harry B. Radomski, *Richard Naiberg* and *David M. Scrimger*, for the appellant Apotex Inc.

Carol Hitchman, *Warren Sprigings* and *Paula Bremner*, for the appellant Novopharm Ltd.

Patrick E. Kierans, *Kenneth E. Sharpe*, *Peter J. Stanford* and *Brian R. Daley*, for the respondents Wellcome Foundation Ltd. and Glaxo Wellcome Inc.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — AIDS is one of the great health scourges of the modern world. AZT was one of the earliest and is still one of the most effective drugs for its treatment. The patent on the use of AZT

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. London : Butterworths, 1978, « Clinical prophylaxis », « Drug prophylaxis » and « Gametocidal prophylaxis ».

Case Comment, « Patent Law — Pharmaceuticals — Federal Circuit Upholds Patents for AIDS Treatment Drug — *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.*, 40 F.3d 1223 (Fed. Cir. 1994) » (1995), 108 *Harv. L. Rev.* 2053.

Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 27th ed. Philadelphia : Saunders, 1988.

Fisher, Harold, and Russel S. Smart. *Canadian Patent Law and Practice.* Toronto : Canada Law Book, 1914.

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto : Carswell, 1969.

Godson, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions, and of Copyright*, 2nd ed. London : William Benning & Co., 1851.

Mitsuya, Kiroaki, et al. Letter to the editor, *The New York Times*, 20 septembre 1989.

Oxford English Dictionary, vol. XII, 2nd ed. Prepared by J. A. Simpson and E. S. C. Weiner. Oxford : Clarendon Press, 1989, « prophylaxis ».

Yardley, Jim. "Industry Giant Owns Right to AIDS Drug? N.C. Trial to Decide", *Atlanta Constitution*, 27 juin 1993, p. A4.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2001] 1 C.F. 495, (2000), 195 D.L.R. (4th) 641, 10 C.P.R. (4th) 65, 262 N.R. 137, accueillant en partie les appels principaux et les appels incidents interjetés contre un jugement du juge Wetston (1998), 145 F.T.R. 161, 79 C.P.R. (3d) 193, [1998] A.C.F. nº 382 (QL). Pourvois rejetés.

Harry B. Radomski, *Richard Naiberg* et *David M. Scrimger*, pour l'appelante Apotex Inc.

Carol Hitchman, *Warren Sprigings* et *Paula Bremner*, pour l'appelante Novopharm Ltd.

Patrick E. Kierans, *Kenneth E. Sharpe*, *Peter J. Stanford* et *Brian R. Daley*, pour les intimées Wellcome Foundation Ltd. et Glaxo Wellcome Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le sida est l'un des grands fléaux des temps modernes. L'AZT a été l'un des premiers médicaments utilisés pour traiter cette maladie et il demeure toujours l'un des plus

for HIV/AIDS treatment and prophylaxis is held by the respondents, but the appellants, Apotex and Novopharm, two "generic" drug manufacturers, say that in fact the respondents (collectively referred to as "Glaxo/Wellcome") did not invent anything. In the alternative, if Glaxo/Wellcome can be said to have invented something, the appellants say it did so in collaboration with others whose work Glaxo/Wellcome wrongly appropriated for its own financial benefit. Moreover, there was no basis at all disclosed in the patent to claim a "prophylactic" as well as a "treatment" benefit. On any or all of these grounds, they say the patent should be declared invalid.

efficaces à cet égard. Les intimés sont titulaires du brevet délivré pour l'utilisation de l'AZT dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida, mais les appelantes Apotex et Novopharm, deux fabricantes de médicaments « génériques », affirment qu'en réalité les intimés (désignés collectivement sous le nom de « Glaxo/Wellcome ») n'ont rien inventé. Subsidiairement, au cas où il serait possible d'affirmer que Glaxo/Wellcome a inventé quelque chose, les appelantes soutiennent qu'elle l'a fait en collaboration avec d'autres personnes dont elle s'est arrogé les travaux dans son propre intérêt financier. De plus, rien dans le brevet ne permettait de revendiquer un avantage « prophylactique » ainsi qu'un avantage « thérapeutique ». Pour toutes ces raisons, les appelantes font valoir qu'il y a lieu d'invalider le brevet.

The appeals therefore require us to consider the statutory requirement for an invention in the context of a new use for an old chemical compound, and the related questions of who ought to have been included as inventors, and what is the appropriate remedy if someone who ought to have been included in the patent is left out.

2 Par conséquent, pour statuer sur les présents pourvois, nous devons, d'une part, nous demander ce que la loi exige pour qu'une nouvelle utilisation d'un composé chimique déjà connu soit une invention, et d'autre part, examiner les questions connexes de savoir qui aurait dû être désigné comme inventeur et quelle réparation doit être accordée en cas d'omission d'inclure dans le brevet le nom d'un inventeur qui aurait dû y figurer.

In my view, for the reasons which follow, the inventive use of AZT was made by the five Glaxo/Wellcome scientists named in the patent on or before March 16, 1985, the priority date of the patent. It was sufficient that at that time the Glaxo/Wellcome scientists disclosed in the patent a rational basis for making a sound prediction that AZT would prove useful in the treatment and prophylaxis of AIDS, which it did. For the Commissioner of Patents to have allowed Glaxo/Wellcome a patent based on speculation would have been unfair to the public. For him to have required Glaxo/Wellcome to demonstrate AZT's efficacy through the clinical tests required by the Minister of Health for approval of a new drug for medical prescription would have been unfair to Glaxo/Wellcome. The disclosure made in the patent was and is of real use and benefit to millions of HIV and AIDS sufferers around the world (irrespective of Glaxo/Wellcome's pricing policy for AZT, which it must be acknowledged

3 Pour les motifs qui suivent, j'estime que la nouvelle utilisation de l'AZT est attribuable aux cinq scientifiques de Glaxo/Wellcome nommés dans le brevet le 16 mars 1985 — date de priorité du brevet — ou avant cette date. Il suffisait que les scientifiques de Glaxo/Wellcome aient alors divulgué dans le brevet un motif rationnel de prédire valablement que l'AZT se révélerait utile dans le traitement et la prophylaxie du sida, ce qui a été le cas. Il aurait été injuste pour le public que le commissaire aux brevets se fonde sur des spéculations pour accorder un brevet à Glaxo/Wellcome. Par contre, il aurait été injuste pour Glaxo/Wellcome qu'il l'oblige à démontrer l'efficacité de l'AZT au moyen des essais cliniques auxquels, selon le ministre de la Santé, un nouveau médicament sur ordonnance doit être soumis avant d'être approuvé. La divulgation faite dans le brevet a été, et est toujours, vraiment utile et profitable à des millions de séropositifs et de sidéens dans le monde

has generated serious controversy in some countries, particularly in the developing world). The fact remains that Glaxo/Wellcome, by making the disclosure, has fulfilled its side of the bargain with the public, and is by law entitled to legal protection for what it has disclosed.

(indépendamment de la politique de prix pratiquée par Glaxo/Wellcome à l'égard de l'AZT, qui, faut-il le reconnaître, est à l'origine d'une grave controverse dans certains pays, en particulier dans les pays en développement). Il reste qu'en faisant cette divulgation Glaxo/Wellcome a tenu ses engagements envers le public et qu'elle est fondée en droit à bénéficier de la protection de la loi en ce qui concerne l'information qu'elle a divulguée.

4 The claims that have survived the rigours of administrative and judicial scrutiny to date (19 out of 78 claims) do not overreach the invention disclosed. The appellants had the onus of demonstrating the invalidity of the patent and their attack on the factual underpinnings of the trial judgment revealed no palpable and overriding error. The legal outcome was correct. I would affirm the validity of the patent and dismiss the appeals.

Les revendications qui, jusqu'à maintenant, ont résisté à l'examen des tribunaux administratifs et judiciaires (soit 19 des 78 revendications) n'excèdent pas la portée de l'invention divulguée. Il incombait aux appelantes de démontrer l'invalidité du brevet, et leur contestation du fondement factuel du jugement rendu en première instance n'a révélé l'existence d'aucune erreur manifeste et dominante. Sur le plan juridique, le résultat était juste. Je suis d'avis de confirmer la validité du brevet et de rejeter les pourvois.

I. Facts

I. Les faits

5 During the early 1980s, a deadly disease, now known as AIDS, was identified. It appeared to suppress the immune systems of those who became infected. AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) was shown to be caused, in turn, by a retrovirus, now known as the human immunodeficiency virus ("HIV"), which was first isolated at the Institut Pasteur in 1983. A virus is a type of subcellular parasite which is dependent on a cellular host to provide the machinery for its reproduction. HIV infects T-cells, which play an important part in human immune response, hijacking the T-cells to produce copies of itself, eventually destroying the T-cell and degrading the body's immune response. At that point, HIV renders the body prone to infection, ultimately fatally, by opportunistic diseases that the diminished immune system is unable to combat. The trial judge commented that AIDS quickly became "a world-wide health crisis referred to by many as an epidemic": (1998), 145 F.T.R. 161, at para. 8.

Au début des années 80, une maladie mortelle, maintenant connue sous le nom de sida, a fait son apparition. Cette maladie paraissait détruire les défenses immunitaires des personnes qui en étaient atteintes. Il a été établi que le sida (syndrome d'immunodéficience acquise) était causé par un rétrovirus — maintenant connu sous le nom de virus de l'immunodéficience humaine (« VIH ») — qui a été isolé pour la première fois à l'Institut Pasteur en 1983. Un virus est un type de parasite infracellulaire qui dépend de l'appareil de la cellule hôte pour se reproduire. Le VIH infecte les lymphocytes T qui jouent un rôle important dans la régulation de la réponse immunitaire humaine; il se réplique en captant les lymphocytes T qu'il finit par détruire, d'où l'affaiblissement de la réponse immunitaire de l'organisme. À ce stade, le VIH accroît la prédisposition de l'organisme aux infections opportunistes — mortelles en définitive — que le système immunitaire affaibli n'est plus en mesure de combattre. Le juge de première instance a fait remarquer que le sida a rapidement pris « les dimensions d'une crise mondiale, que bon nombre qualifient d'épidémie » : [1998] A.C.F. nº 382 (QL), par. 8.

Glaxo/Wellcome had considerable experience in researching retroviruses, and in late 1983 assembled a working group to harness that expertise to the search for an anti-AIDS drug. The group included Dr. David Barry, head of the Department of Virology at Glaxo/Wellcome, Dr. Janet Rideout, who had been coordinating the various investigations involving the compound 509U81 (AZT) and the one who suggested that AZT be tested in the screens, Dr. Philip Furman, a research scientist with a Ph.D. in virology who had previously worked with anti-viral drugs, Dr. Sandra Nusinoff Lehrman, a physician with expertise in the areas of infectious disease and pediatrics, and Martha St. Clair, a virologist who worked with Dr. Furman and who had experience with retroviruses.

6 Glaxo/Wellcome possédait une expérience considérable en matière de recherche sur les rétrovirus et, à la fin de l'année 1983, elle a constitué un groupe de travail chargé d'appliquer cette expertise à la recherche d'un médicament contre le sida. Ce groupe était composé du D[r] David Barry, chef du département de virologie de Glaxo/Wellcome, du D[r] Janet Rideout, qui avait coordonné les diverses études mettant en cause le composé 509U81 (AZT) et qui avait proposé de soumettre l'AZT à des essais de sélection, du D[r] Philip Furman, chercheur scientifique titulaire d'un doctorat en virologie, possédant une expérience en matière de médicaments antiviraux, du D[r] Sandra Nusinoff Lehrman, médecin expert en infectiologie et en pédiatrie, et de Martha St. Clair, virologiste ayant travaillé avec le D[r] Furman et possédant une expérience dans le domaine des rétrovirus.

The fact that HIV attacks the T-cells, which are crucial to the functioning of the human immune system, was known in 1984. It was also known that HIV infects the T-cell by insinuating and integrating a DNA copy of its RNA genome into the genome of the T-cell using reverse transcriptase, an enzyme common to all retroviruses. As the host cell, with the viral DNA integrated into its own DNA, divides, it replicates and thereby provides a template for the further propagation of the virus.

7 En 1984, on savait que le VIH s'attaque aux lymphocytes T, qui jouent un rôle crucial dans le fonctionnement du système immunitaire de l'être humain. On savait également que le VIH infecte le lymphocyte T en introduisant et en intégrant dans le génome du lymphocyte T une copie d'ADN de son ARN génomique au moyen de la transcriptase inverse, enzyme dont sont porteurs tous les rétrovirus. Lorsqu'elle se divise, la cellule hôte — dont l'ADN comporte la forme intégrée d'ADN viral — reproduit le virus et lui fournit ainsi une matrice lui permettant de se propager davantage.

The Glaxo/Wellcome scientists believed that the reverse transcription stage, unique to retroviruses, offered the best target for a drug. The growing DNA chain could be terminated by adding on a "false" nucleoside, one of the chemical building blocks of DNA. The nucleoside is said to be "false" because, while it appears to others in the chain to be a regular nucleoside, it lacks the OH group for coupling with the incoming nucleoside, which finds it has nothing to hook onto. There being no hook, the chain terminates, thereby arresting the propagation of HIV.

8 Les scientifiques de Glaxo/Wellcome croyaient que l'étape de la transcription inverse, unique aux rétrovirus, était la meilleure cible d'un médicament. On pouvait bloquer l'élongation de la chaîne d'ADN en ajoutant un « faux » nucléoside. Le nucléoside est un des éléments chimiques constitutifs de l'ADN. On dit qu'il est « faux » parce que, bien qu'il paraisse normal aux autres éléments de la chaîne, il n'a pas le groupement OH lui permettant de se lier au nucléoside qui se présente et qui ne trouve rien pour s'accrocher à lui. La chaîne est ainsi interrompue, ce qui freine la propagation du VIH.

The Glaxo/Wellcome scientists, in the spring of 1984, began to screen various compounds which, they believed, based on their chemical structure,

9 Au printemps de 1984, les scientifiques de Glaxo/Wellcome ont commencé à sélectionner divers composés qui, en raison de leur structure chimique,

might serve as chain terminators. One of the hundreds of compounds screened eventually became known as AZT.

10 It is important to note that the respondents did not "invent" AZT. It was a known compound, synthesized and tested by Dr. Jerome Horwitz at the Detroit Institute of Cancer Research in 1964 as part of a project to find a cancer treatment for humans. That project was abandoned. Glaxo/Wellcome had more recently been researching the drug for use as an anti-bacterial treatment, though this was not its original purpose.

11 Once the Glaxo/Wellcome team had identified suitable compounds, its in-house screening methods were relatively simple. Coating the bottom of a petri dish with murine (mouse) T-cells, the laboratory technician would introduce a retrovirus. Glaxo/Wellcome used two retroviruses found in mice (not humans) because they were readily reproducible, predictable, reliable and easy to use. Using staining techniques, the laboratory technician could see if the virus spread, destroying the mouse T-cells. If the technician were then to add the candidate "remedial" compound, he or she could see whether the virus triumphed by continuing to kill the T-cells, or the compound triumphed by preserving the T-cells. In November 1984, during Glaxo/Wellcome's multiple tests of known compounds, the AZT compound produced surprisingly good results, appearing to eradicate completely the retrovirus in the mouse T-cells. It proved more potent than any other compound tested. In argument in this Court, counsel for Glaxo/Wellcome called this a "eureka moment", but this seems to be something of an exaggeration. There had been no testing in a human cell line (*in vitro*) or in humans (*in vivo*). The object of the exercise was to eradicate HIV in humans, not a mouse virus in a petri dish.

pourraient selon eux permettre de bloquer l'élongation de la chaîne. Parmi les centaines de composés sélectionnés, l'un est finalement devenu connu sous le nom d'AZT.

Il importe de souligner que les intimés n'ont pas « inventé » l'AZT. Il s'agissait d'un composé connu que le D^r^ Jerome Horwitz du Detroit Institute of Cancer Research avait synthétisé et testé, en 1964, dans le cadre d'un projet de recherche d'un traitement du cancer chez l'être humain. Ce projet fut abandonné. Plus récemment, Glaxo/Wellcome avait effectué des recherches sur l'utilisation de cette substance comme traitement antibactérien, bien que ce ne fût pas là son intention au départ.

Après avoir eu relevé des composés potentiellement utiles, l'équipe de Glaxo/Wellcome a appliqué des méthodes de sélection internes relativement simples. Après avoir enduit le fond d'une boîte de Pétri de lymphocytes T de muridé (souris), le technicien de laboratoire y introduisait un rétrovirus. Glaxo/Wellcome a utilisé deux rétrovirus présents chez la souris (et non chez l'être humain) parce qu'ils étaient facilement reproductibles, prévisibles, fiables et faciles à utiliser. Grâce à des techniques de coloration, le technicien pouvait voir si le virus se propageait en détruisant les lymphocytes T de la souris. En ajoutant le composé « thérapeutique » expérimental, le technicien pouvait voir si le virus continuait de détruire les lymphocytes T, ou si le composé l'emportait en protégeant les lymphocytes T. En novembre 1984, alors que Glaxo/Wellcome soumettait des composés connus à de multiples essais, le composé AZT a produit des résultats étonnants en paraissant éradiquer complètement le rétrovirus des lymphocytes T de souris. L'AZT s'est révélé plus puissant que tout autre composé testé. Dans son argumentation devant notre Cour, l'avocat de Glaxo/Wellcome a parlé d'un [TRADUCTION] « moment historique », mais cela semble quelque peu exagéré. Aucun essai n'avait été effectué sur une lignée cellulaire humaine (*in vitro*) ou sur l'être humain (*in vivo*). L'objectif était d'éradiquer le VIH chez l'être humain et non d'éradiquer un virus de souris dans une boîte de Pétri.

It seems clear, and was found as a fact by the trial judge, that scientists at Glaxo/Wellcome and elsewhere recognized that the immune systems of humans and mice are sufficiently different that it is not possible to predict from studies in mouse cells how a drug would work, if at all, in humans. Senior members of the Glaxo/Wellcome team readily acknowledged the problem of predictability:

Dr. David Barry:

. . . we [do not] wish to indicate that sensitivity testing in [murine retrovirus] is in any way predictive of sensitivity of the Human AIDS Virus. We have generated a considerable amount of data to show that it is extremely unpredictive.

Dr. Sandra Nusinoff Lehrman:

Recent data would indicate that human retroviruses are sufficiently different from the [murine retroviruses]. . . . [T]he use of this compound for AIDS could not be predicted.

However, some of the Glaxo/Wellcome scientists testified that they *believed* as early as November 1984 that AZT would work in humans against the HIV retrovirus. On December 5, 1984, Dr. Jane Rideout, the team member who had recommended testing AZT, sent a note to the Glaxo/Wellcome patent group stating: "Ethically the MD's at BW [Glaxo/Wellcome] cannot suppress the activity of such a compound for very long". By that, she meant that HIV/AIDS sufferers should not be deprived of potential relief through unnecessary delay, scientific timidity, or corporate dithering. Work on a patent application began soon afterwards.

Dr. Rideout shared the view that further work was essential. She added, in her note to the Glaxo/Wellcome patent group, that a patent should only be pursued "if [AZT is] active against HIV" and "if

Il semble évident — et telle a été la conclusion de fait du juge de première instance — que les scientifiques de Glaxo/Wellcome et d'ailleurs reconnaissaient que le système immunitaire de l'être humain et celui de la souris sont suffisamment différents pour qu'il soit impossible de prédire, à partir d'études portant sur des cellules de souris, quel effet un médicament pourra éventuellement avoir chez l'être humain. Des membres chevronnés de l'équipe de Glaxo/Wellcome ont reconnu volontiers l'existence du problème de prévisibilité : 12

[TRADUCTION]

D^r David Barry :

. . . nous [ne] voulons [pas] indiquer que les tests de sensibilité effectués sur le [rétrovirus de muridé] permettent de quelque manière de prédire la sensibilité du virus du sida chez l'être humain. Nous avons produit une grande quantité de données pour montrer que leur potentiel prédictif est extrêmement limité.

D^r Sandra Nusinoff Lehrman :

Des données récentes indiquent que les rétrovirus qui affectent l'être humain diffèrent suffisamment des [rétrovirus de muridé]. [. . .] [L]'utilisation de ce composé pour traiter le sida ne pourrait faire l'objet d'une prédiction.

Cependant, certains scientifiques de Glaxo/Wellcome ont témoigné qu'ils *croyaient*, dès novembre 1984, que l'AZT serait efficace pour combattre le rétrovirus VIH chez l'être humain. Le 5 décembre 1984, le D^r Jane Rideout, le membre de l'équipe qui avait recommandé de tester l'AZT, a fait parvenir au département des brevets de Glaxo/Wellcome une note dans laquelle elle déclarait : [TRADUCTION] « Sur le plan éthique, les médecins de BW [Glaxo/Wellcome] ne pourront taire l'activité d'un tel composé bien longtemps ». Elle voulait dire, par là, qu'on ne devrait pas priver les séropositifs et les sidéens d'une possibilité de soulagement à cause de délais inutiles, d'un manque d'audace scientifique ou de tergiversations de la part de l'entreprise. Peu après, on a commencé à préparer une demande de brevet. 13

Le D^r Rideout était elle aussi d'avis que d'autres travaux s'imposaient. Dans sa note au département des brevets de Glaxo/Wellcome, elle a ajouté qu'il n'y aurait lieu de présenter une demande de brevet 14

all of this holds up [i.e., if activity is shown against HIV]" (emphasis added).

15 Glaxo/Wellcome was not equipped to undertake the more sophisticated testing required, and, given the lethal nature of HIV/AIDS, may not have been anxious to do so. It turned to a number of outside laboratories for screening compounds. These included Duke University and the Sloan-Kettering Institute whose work Glaxo/Wellcome partly funded. Testing of Glaxo/Wellcome candidate compounds was also done by the U.S. Food and Drug Administration and the National Cancer Institute of the U.S. National Institutes of Health (NIH). It should be emphasized that both of these U.S. government funded agencies were working for the benefit of the public, not Glaxo/Wellcome, in the search for a drug to combat what was emerging as a national health crisis.

16 The critical testing of the AZT compound was done by Drs. Samuel Broder and Hiroaki Mitsuya, both of the NIH, who were in the forefront of efforts to find medicines that could be used as treatments for AIDS. Their mandate was to use the public funds of the NIH to make AIDS therapies available to the public on an emergency basis. As Glaxo/Wellcome was using the NIH to test AZT, so NIH was using Glaxo/Wellcome and other pharmaceutical companies as suppliers of potentially useful compounds to be tested in the NIH program. Although NIH signed confidentiality agreements with Glaxo/Wellcome, as had other outside laboratories, the NIH did not, as had the private institutions, make an assignment to Glaxo/Wellcome of any intellectual property rights generated by work on Glaxo/Wellcome-supplied compounds.

17 The NIH screening was very sophisticated. Drs. Broder and Mitsuya had developed a human cell line (ATH8) that could propagate *in vitro*, be

que [TRADUCTION] « si [l'AZT] est efficace pour combattre le VIH » et « [s]i tout va bien (c'est-à-dire s'il est démontré qu'il agit sur le VIH) » (je souligne).

Glaxo/Wellcome n'était pas en mesure d'effectuer les tests plus poussés qui s'imposaient et, compte tenu de la nature mortelle du VIH/sida, elle ne tenait peut-être pas beaucoup à les effectuer. Elle a demandé à un certain nombre de laboratoires indépendants d'effectuer des essais de sélection sur des composés. Parmi ces laboratoires, mentionnons ceux de l'Université Duke et du Sloan-Kettering Institute dont les travaux ont été partiellement financés par Glaxo/Wellcome. La Food and Drug Administration et le National Cancer Institute du National Institutes of Health (« NIH ») des États-Unis ont également testé les composés candidats de Glaxo/Wellcome. Il y a lieu de souligner qu'en cherchant un médicament pour combattre ce qui était en train de prendre les dimensions d'une crise nationale, ces deux organismes financés par le gouvernement américain œuvraient au profit de la population et non de Glaxo/Wellcome.

Les tests cruciaux sur le composé AZT ont été effectués par les D^rs^ Samuel Broder et Hiroaki Mitsuya du NIH, deux chefs de file en matière de recherche de médicaments contre le sida. Ceux-ci étaient chargés d'utiliser les deniers publics du NIH pour offrir, de toute urgence, à la population des thérapies contre le sida. Tout comme Glaxo/Wellcome recourait au NIH pour tester l'AZT, le NIH recourait à Glaxo/Wellcome et à d'autres sociétés pharmaceutiques pour qu'elles lui fournissent des composés potentiellement utiles qui seraient testés dans le cadre de son programme de recherche. Bien qu'il ait conclu avec Glaxo/Wellcome des ententes de confidentialité, comme l'avaient fait d'autres laboratoires indépendants, le NIH, contrairement aux établissements privés, n'a pas cédé à Glaxo/Wellcome tous les droits de propriété intellectuelle découlant des travaux effectués sur les composés que celle-ci lui a fournis.

Le NIH a procédé à des essais de sélection très poussés. Les D^rs^ Broder et Mitsuya ont mis au point une lignée cellulaire humaine (ATH8) qui

infected with HIV *in vitro*, and provide information relevant to the ability of candidate compounds to inhibit the replication of HIV in the T-cells of living patients. At the time, normal human T-cells were very difficult to grow *in vitro*. This work itself required exceptional inventive ingenuity and was eventually patented by the NIH under U.S. patent number 4,704,357.

pouvait se multiplier *in vitro*, être infectée *in vitro* par le VIH et fournir des renseignements pertinents sur la capacité des composés candidats d'inhiber la réplication du VIH dans les lymphocytes T de patients vivants. À l'époque, il était très difficile de cultiver *in vitro* des lymphocytes T humains normaux. Pour y arriver, on a dû faire preuve d'une ingéniosité exceptionnelle qui, en définitive, a abouti à l'obtention par le NIH du brevet américain n° 4 704 357.

By February 6, 1985, Glaxo/Wellcome had prepared a draft patent application. At that point, however, AZT had not been tested against HIV *in vitro* (i.e., in a petri dish), let alone administered to a human being in the context of the AIDS research.

18 Dès le 6 février 1985, Glaxo/Wellcome avait rédigé un avant-projet de demande de brevet. À ce stade, toutefois, l'AZT n'avait fait l'objet d'aucun test *in vitro* (c'est-à-dire dans une boîte de Pétri) permettant de déterminer s'il était efficace pour combattre le VIH, et il avait encore moins été administré à un être humain dans le cadre des recherches sur le sida.

In mid-February 1985, Drs. Broder and Mitsuya found that AZT did indeed inhibit HIV replication in their *in vitro* HIV assay system, thus vindicating Glaxo/Wellcome's confidence (justified or not at the earlier date) in the potential benefits of AZT. This result was reported to Glaxo/Wellcome on February 21, 1985. At Dr. Broder's request, the identity of the compound was disclosed to the NIH about March 1, 1985. He was surprised. He suspected the mystery compound was probably suramin, with which he was familiar.

19 À la mi-février 1985, en soumettant le VIH à des épreuves de dosage *in vitro*, les D[rs] Broder et Mitsuya ont découvert que l'AZT inhibait effectivement la réplication du VIH, donnant ainsi raison à Glaxo/Wellcome qui (à tort ou à raison, antérieurement) s'était dite confiante que l'AZT présenterait des avantages. Ce résultat a été communiqué à Glaxo/Wellcome le 21 février 1985. À la demande du D[r] Broder, le NIH a été informé du nom du composé vers le 1[er] mars 1985. Le D[r] Broder s'est dit étonné, car il croyait que le composé anonyme était probablement de la suramine, qu'il connaissait bien.

On March 16, 1985, Glaxo/Wellcome filed in the United Kingdom the patent application from which the Canadian patent claims priority. The appellants contend that because AZT had not, at that time, been administered to patients with HIV or AIDS, crucial information regarding its bioavailability, pharmacokinetics, metabolic characteristics, activity and toxicity was not known. Before it could be known whether AZT could be used as a treatment for HIV in humans, the appellants say, Glaxo/Wellcome needed to know if AZT would be absorbed into the human blood stream, make its way to the T-cells infected with HIV, enter the T-cells and inhibit the reproduction of the HIV infection without

20 Glaxo/Wellcome a déposé sa demande de brevet au Royaume-Uni le 16 mars 1985, qui est la date de priorité sur laquelle se fonde le brevet canadien. Les appelantes font valoir qu'à l'époque l'AZT n'avait pas encore été administré à des patients séropositifs ou sidéens et que, pour cette raison, on ne disposait pas de certains renseignements cruciaux concernant la biodisponibilité, les paramètres pharmacocinétiques et métaboliques, l'activité et la toxicité de l'AZT. Elles ajoutent que, pour savoir si l'AZT pourrait servir à traiter les personnes séropositives, Glaxo/Wellcome devait déterminer si l'AZT serait absorbé par le sang, s'il atteindrait les lymphocytes T infectés par le VIH, s'il pénétrerait dans les

proving toxic to other cells, and demonstrate clinical improvement in the patient.

21 The argument in support of the patent's validity is that at least by March 1, 1985, when Glaxo/Wellcome received the results from the NIH showing AZT activity *in vitro* against HIV-infected human T-cells, it had a sound basis to predict all of these matters, and did so predict, and has been proven correct in that prediction by subsequent clinical experience. To have withheld disclosure of this new and very important use in a gathering international health crisis would have been, as Dr. Rideout noted back in December 1984, little short of irresponsible.

II. Relevant Statutory Provisions

22 *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4

INTERPRETATION

. . .

"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

APPLICATION FOR PATENTS

27. (1) Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

(*a*) not known or used by any other person before he invented it,

(*b*) not described in any patent or in any publication printed in Canada or in any other country more than two years before presentation of the petition hereunder mentioned, and

(*c*) not in public use or on sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada,

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing of the application, and on compliance with all other

lymphocytes T et inhiberait la reproduction de l'infection au VIH, sans se révéler toxique pour les autres cellules, et enfin s'il contribuerait à une amélioration clinique de la santé du patient ou de la patiente.

L'argument avancé à l'appui de la validité du brevet veut, d'une part, que Glaxo/Wellcome ait disposé d'un fondement valable pour faire toutes ces prédictions depuis au moins le 1er mars 1985, date à laquelle elle a reçu du NIH les résultats montrant l'activité *in vitro* de l'AZT sur les lymphocytes T humains infectés par le VIH, et, d'autre part, qu'elle ait fait ces prédictions à juste titre étant donné que l'expérience clinique lui a donné raison par la suite. Compte tenu de la crise internationale qui se préparait dans le domaine de la santé, il aurait été tout à fait irresponsable de taire cette utilisation nouvelle et importante, comme le soulignait le Dr Rideout en décembre 1984.

II. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4

DÉFINITIONS

. . .

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

DEMANDES DE BREVETS

27. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits, appelée dans la présente loi le « dépôt de la demande », et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention qui n'était pas :

a) connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite;

b) décrite dans un brevet ou dans une publication imprimée au Canada ou dans tout autre pays plus de deux ans avant la présentation de la pétition ci-après mentionnée;

requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

SPECIFICATIONS AND CLAIMS

. . .

34. (1) An applicant shall in the specification of his invention

(*a*) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(*b*) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

. . .

(*d*) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions; and

(*e*) particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination that he claims as his invention.

REFUSAL OF PATENTS

40. Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify the applicant of the refusal and of the ground or reason therefor.

FORM AND TERM OF PATENTS

45. Every patent granted under this Act shall be issued under the signature of the Commissioner and the seal of the Patent Office, shall bear on its face the date on which it is granted and issued and shall thereafter, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the grantee and his legal representatives for the term mentioned therein.

LEGAL PROCEEDINGS IN RESPECT OF PATENTS

53. (1) A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which

c) en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada.

MÉMOIRES DESCRIPTIFS ET REVENDICATIONS

. . .

34. (1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur :

a) décrit d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur;

b) expose clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention;

. . .

d) s'il s'agit d'un procédé, explique la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention d'autres inventions;

e) indique particulièrement et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

REJET DES DEMANDES DE BREVETS

40. Chaque fois que le commissaire s'est assuré que le demandeur n'est pas fondé en droit à obtenir la concession d'un brevet, il rejette la demande et, par courrier recommandé adressé au demandeur ou à son agent enregistré, notifie à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet.

FORME ET DURÉE DES BREVETS

45. Tout brevet accordé en vertu de la présente loi est délivré sous la signature du commissaire et le sceau du Bureau des brevets. Le brevet porte à sa face la date à laquelle il a été accordé et délivré, et il est par la suite, sauf preuve contraire, valide et acquis au titulaire et à ses représentants légaux pour la période y mentionnée.

PROCÉDURES JUDICIAIRES RELATIVES AUX BREVETS

53. (1) Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il

they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

(2) Where it appears to a court that the omission or addition referred to in subsection (1) was an involuntary error and it is proved that the patentee is entitled to the remainder of his patent, the court shall render a judgment in accordance with the facts, and shall determine the costs, and the patent shall be held valid for that part of the invention described to which the patentee is so found to be entitled.

n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

(2) S'il apparaît au tribunal que pareille omission ou addition est le résultat d'une erreur involontaire, et s'il est prouvé que le breveté a droit au reste de son brevet, le tribunal rend jugement selon les faits et statue sur les frais. Le brevet est réputé valide quant à la partie de l'invention décrite à laquelle le breveté est reconnu avoir droit.

III. Case History

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 145 F.T.R. 161

23 Wetston J., in a detailed, comprehensive and thoughtful judgment, following 60 days of trial, began with the proposition that a patent is available for a new use for a known compound: *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536. Moreover, the patent in this case does not make a claim to a method of medical treatment, which would be invalid: *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111. With respect to inventorship, Wetston J. considered the degree and type of testing required to establish utility. The "act of inventing may be different in different circumstances. . . . The range of expertise required in the pharmaceutical field, the nuances between theoretical and clinical proof, and the underlying public policy concerns of the safe and effective development of medicines, all serve to make utility in the pharmaceutical area highly complex" (para. 84).

24 Wetston J. found the insistence of Apotex and Novopharm on regulatory levels of safety to be "excessive" and "too high a standard" (para. 105). On the other hand, he rejected the applicability of the doctrine of sound prediction, which he considered was limited to the situation where inventors claim a number of untested compounds based on the proven utility of one or more compounds.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1998] A.C.F. nº 382 (QL)

Dans un jugement détaillé, complet et réfléchi, rendu au terme d'un procès de 60 jours, le juge Wetston est parti du principe qu'il est possible d'obtenir un brevet pour une utilisation nouvelle d'un composé connu : *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536. En outre, le brevet dont il est question en l'espèce ne revendique pas une méthode de traitement médical, revendication qui serait invalide : *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111. En ce qui concerne la paternité de l'invention, le juge Wetston a examiné l'étendue et le type de tests nécessaires pour établir l'utilité d'une invention. L'« acte d'invention peut prendre des formes différentes selon les circonstances [. . .] L'étendue de l'expertise nécessaire dans le domaine pharmaceutique, les subtiles différences entre la preuve théorique et la preuve clinique, et les préoccupations sous-jacentes de politique générale concernant le développement sûr et efficace des médicaments, tous ces facteurs contribuent à rendre hautement complexe la notion d'utilité dans le domaine pharmaceutique » (par. 84).

Le juge Wetston a estimé que l'insistance d'Apotex et de Novopharm sur l'innocuité réglementaire requise était « excessiv[e] » et qu'elle établissait « une norme trop élevée » (par. 105). En revanche, il a écarté la possibilité d'appliquer la règle de la prédiction valable qui, à son avis, était limitée aux cas où les inventeurs revendiquent un certain nombre de composés non testés, en invoquant l'utilité prouvée d'un seul ou de plusieurs composés.

He concluded that utility was *not* shown as of the February 6, 1985 draft application date. At that time there was no more than a belief that AZT "might be useful" to treat AIDS, and the claims at that date exceeded the invention. By March 16, 1985, however, the patent met the s. 2 requirements and did not exceed the invention claimed. The Glaxo/Wellcome researchers had received the initial NIH data showing that AZT was active in arresting the HIV retrovirus in human cells.

Il a conclu que l'utilité *n'était pas* démontrée le 6 février 1985, date de l'avant-projet de demande de brevet. À ce moment, on croyait seulement que l'AZT « pouvait être utile » pour traiter le sida et, à cette date, les revendications excédaient la portée de l'invention. Cependant, le 16 mars 1985, le brevet satisfaisait aux exigences de l'art. 2 et n'excédait pas la portée de l'invention visée par la demande de brevet. Les chercheurs de Glaxo/Wellcome avaient reçu les premières données du NIH qui démontraient que l'AZT contribuait à bloquer le rétrovirus VIH dans des cellules humaines. 25

On the co-inventorship issue, Wetston J. cited *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories Inc.*, 32 U.S.P.Q. 2d 1915 (Fed. Cir. 1994), where it was observed that Drs. Broder and Mitsuya of the NIH were not a mere "pair of hands". They exercised "considerable skill" and were "uniquely qualified". They were given little instruction by Glaxo/Wellcome. In fact, Glaxo/Wellcome did not have the expertise to be able to instruct the NIH researchers in this regard. Wetston J. concluded that although all the five named Glaxo/Wellcome inventors were properly included, the NIH researchers were highly skilled "collaborators" and co-inventors on the utility aspect and should not have been omitted from the application: "the utility as claimed was not established without the extensive and direct involvement of the NIH. . . . In my opinion, the work of the NIH was not ancillary to the invention and this invention would not have been complete without their investigation, skill and research" (paras. 224 and 226). Nevertheless, the failure to name co-inventors in this case was not "material" under s. 53(1) of the *Patent Act*, and the omission therefore did not render the patent invalid.

Au sujet de la paternité conjointe de l'invention, le juge Wetston a cité l'arrêt *Burroughs Wellcome Co. c. Barr Laboratories Inc.*, 32 U.S.P.Q. 2d 1915 (Fed. Cir. 1994), où on a fait observer que les D^rs^ Broder et Mitsuya du NIH n'étaient pas seulement de simples participants. Ils avaient fait preuve d'une très grande compétence et ils possédaient des qualifications exceptionnelles. Glaxo/Wellcome leur avait donné peu de directives. En fait, Glaxo/Wellcome ne possédait pas l'expertise nécessaire pour pouvoir donner aux chercheurs du NIH des directives à cet égard. Le juge Wetston a conclu que, même si le nom des cinq inventeurs de Glaxo/Wellcome figurait à bon droit sur la demande de brevet, les chercheurs du NIH étaient des « collaborateurs » très compétents et des coïnventeurs en ce qui concernait l'utilité de l'invention, de sorte qu'on n'aurait pas dû omettre d'inscrire leur nom sur la demande : « l'utilité revendiquée n'a pu être confirmée sans la participation importante et directe [du] NIH. [. . .] À mon avis, le travail [du] NIH n'était pas accessoire à l'invention, laquelle n'aurait pu être complétée sans leurs investigations, leurs compétences et leurs recherches » (par. 224 et 226). Néanmoins, l'omission d'inscrire le nom des coïnventeurs en l'espèce n'était pas « importante » au sens du par. 53(1) de la *Loi sur les brevets* et elle n'a donc pas eu pour effet d'invalider le brevet. 26

As to the claim for prophylaxis (as opposed to treatment), Wetston J. concluded that the claims were not broader than the invention or the disclosure, although the claim "for the treatment or prophylaxis of all human retroviral infections [was] overbroad" and speculative (para. 303 (emphasis

Au sujet de la revendication concernant la prophylaxie (par opposition à celle concernant le traitement), le juge Wetston est arrivé à la conclusion que les revendications n'avaient pas une portée plus large que l'invention ou la divulgation, quoique la revendication « relativ[e] au traitement ou à la 27

added)). Wetston J. adjudged several of the claims to be invalid, but the remaining valid claims were infringed by the appellants' manufacture and sale of the generic version of AZT (para. 377).

B. *Federal Court of Appeal*, [2001] 1 F.C. 495 (Rothstein, Sexton and Malone JJ.A. each writing part of a unitary set of reasons)

1. Sexton J.A.

(a) *Co-Inventorship and Section 53 on Material Misrepresentation*

28 Sexton J.A. reversed the trial judge's conclusion on NIH co-inventorship and found that the facts demonstrated that Drs. Broder and Mitsuya do not satisfy the legal definition of inventorship. The subject matter of the invention was conceived without their assistance. They agreed only to test an unknown substance on Glaxo/Wellcome's behalf. That people other than the inventors perform the tests does not make them "inventors".

29 Sexton J.A. concluded that February 6, 1985 may be the relevant date of invention, since by that point the draft patent application had been distinctly formulated; however, he declined to choose between February 6, 1985 (draft application) or March 16, 1985 (priority date) because in either event the patent was valid.

30 Although he did not find it necessary to address s. 53 given the conclusions on co-inventorship, Sexton J.A. agreed that failure to name an inventor is not a violation of s. 53.

(b) *Utility and Date of Completion of Invention*

31 Sexton J.A. was of the view that the date of invention can, in effect, be backdated where speculation

prophylaxie de toutes les infections rétrovirales humaines [fût] trop vaste » et spéculative (par. 303 (je souligne)). Il a décidé que plusieurs revendications étaient invalides, mais que les autres revendications valides avaient été contrefaites par les appelantes lorsqu'elles ont fabriqué et vendu la version générique de l'AZT (par. 377).

B. *Cour d'appel fédérale*, [2001] 1 C.F. 495 (les juges Rothstein, Sexton et Malone ayant chacun rédigé une partie de l'arrêt unanime)

1. Le juge Sexton

a) *La paternité conjointe de l'invention et l'art. 53 qui traite des déclarations inexactes importantes*

Le juge Sexton a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle le NIH partageait la paternité de l'invention et il a décidé que les faits avaient démontré que les D^rs^ Broder et Mitsuya ne répondaient pas à la définition légale de la paternité d'une invention. L'objet de l'invention a été conçu sans leur aide. Ils ont seulement accepté de tester une substance anonyme pour le compte de Glaxo/Wellcome. Les personnes, autres que les inventeurs, qui effectuent des tests ne deviennent pas pour autant des « inventeurs ».

Le juge Sexton a conclu que le 6 février 1985 pouvait être la date pertinente de l'invention, puisque c'est à cette date que l'avant-projet de la demande de brevet a été clairement rédigé. Cependant, il a refusé de faire un choix entre le 6 février 1985 (date de l'avant-projet de la demande) et le 16 mars 1985 (date de priorité), étant donné que le brevet était valide dans les deux cas.

Même s'il n'a pas estimé nécessaire d'examiner l'art. 53, en raison des conclusions tirées sur la paternité conjointe de l'invention, le juge Sexton a convenu que l'omission de nommer un inventeur ne contrevient pas à l'art. 53.

b) *L'utilité et la date d'achèvement de l'invention*

Selon le juge Sexton, il est effectivement possible d'antidater une invention lorsque des

at the time of invention is subsequently confirmed by the time the patent is attacked. Sexton J.A. offers an analogy with the Wright brothers, suggesting that it would be "illogical" if a hypothetical patent for a heavier-than-air flying machine, considered by critics at the time to be based on an unsound prediction, could not be upheld on the basis of post-patent evidence that the invention actually works. Any other approach would require a court to close its eyes as to "continuing scientific advancements" (para. 52). The attack on the validity of the patent on this ground, too, should be rejected.

2. Malone J.A.

Malone J.A. upheld the trial judge on obviousness, novelty, ambiguity, and sufficiency of disclosure.

3. Rothstein J.A.

Rothstein J.A. agreed with the trial judge that the invention here is a new use for a known compound and not a method of medical treatment. However, only those claims relating to the *use* of the known compound are patentable and not those which purport to include the compound formulation itself. Accordingly, claim No. 1 and those dependent on it were struck down.

With respect to prophylaxis, Rothstein J.A. held that there was evidence that AZT could prevent fetal transmission of HIV from pregnant women and arrest infections received by health care workers and others stuck with contaminated needles. This, in his view, demonstrated some prophylactic properties and the fact the information was not available until years after the patent was not relevant. "[T]he time at which usefulness is to be established is when required by the Commissioner of Patents or in court proceedings when the validity of the patent is challenged on that ground. There was such evidence before Wetston J. . . ." (para. 93). Rothstein J.A. thus concluded that the

hypothèses émises au moment de l'invention sont déjà confirmées à l'époque de la contestation du brevet. Le juge Sexton a établi une analogie avec les frères Wright, indiquant qu'il serait « illogique » que la validité d'un brevet hypothétique pour une machine volante plus lourde que l'air, que les critiques de l'époque considéraient comme étant fondé sur une prédiction non valable, ne puisse pas être confirmée parce que la preuve que cette invention fonctionne vraiment est postérieure au brevet. Toute autre approche exigerait d'un tribunal qu'il ferme les yeux sur les « progrès scientifiques constants » (par. 52). Pour ce motif également, il y avait lieu de rejeter la contestation de la validité du brevet.

2. Le juge Malone

32 Le juge Malone a confirmé la décision du juge de première instance relativement aux questions du caractère évident, de la nouveauté, de l'ambiguïté et du caractère suffisant de la divulgation.

3. Le juge Rothstein

33 Le juge Rothstein a souscrit à l'opinion du juge de première instance selon laquelle l'invention en l'espèce était une nouvelle utilisation d'un composé connu et non une méthode de traitement médical. Cependant, seules les revendications concernant l'*utilisation* du composé connu sont brevetables et non celles qui sont censées inclure la formulation même du composé. En conséquence, la revendication n° 1 et celles qui en dépendaient ont été invalidées.

34 Au sujet de la prophylaxie, le juge Rothstein a conclu qu'il était prouvé que l'AZT pouvait empêcher une femme enceinte de transmettre le VIH à son fœtus et qu'il pouvait bloquer les infections transmises notamment aux travailleurs de la santé piqués par des aiguilles infectées. À son avis, cela démontrait l'existence de certaines propriétés prophylactiques, et il était sans importance que ces renseignements n'aient été disponibles que plusieurs années après la délivrance du brevet. « [L]'utilité doit être établie lorsque le commissaire des brevets le demande ou dans le cadre d'une demande d'invalidation d'un brevet contestant l'utilité de celui-ci. Le juge Wetston disposait d'une preuve d'uti-

claims for the prophylactic use of AZT against AIDS are valid.

IV. Analysis

35 AZT has earned for the respondents hundreds of millions of dollars in worldwide sales since its usefulness was discovered for the treatment of HIV and AIDS. In the United States alone, it is estimated that AZT earned for the patent owner a profit of $592 million between 1987 and 1993: J. Yardley, "Industry Giant Owns Right to AIDS Drug? N.C. Trial to Decide", *Atlanta Constitution*, June 27, 1993, at p. A4, quoted in Case Comment, "Patent Law — Pharmaceuticals — Federal Circuit Upholds Patents for AIDS Treatment Drug — *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.*, 40 F.3d 1223 (Fed. Cir. 1994)" (1995), 108 *Harv. L. Rev.* 2053, at note 17.

36 It is not surprising that the appellants, being generic drug manufacturers, would like to obtain at least a percentage of the AZT market in Canada. To do so they must somehow have the patent declared invalid. Yet their challenge, understandably motivated by the hope of private profit, raises broader issues of public interest.

37 A patent, as has been said many times, is not intended as an accolade or civic award for ingenuity. It is a method by which inventive solutions to practical problems are coaxed into the public domain by the promise of a limited monopoly for a limited time. Disclosure is the *quid pro quo* for valuable proprietary rights to exclusivity which are entirely the statutory creature of the *Patent Act*. Monopolies are associated in the public mind with higher prices. The public should not be expected to pay an elevated price in exchange for speculation, or for the statement of "any mere scientific principle or abstract theorem" (s. 27(3)), or for the "discovery" of things that already exist, or are obvious. The patent monopoly should be purchased with the hard coinage of new, ingenious, useful and unobvious disclosures. The appellants' argument here is that the identification in March of 1985 of AZT as

lité . . . » (par. 93). Le juge Rothstein a donc statué que les revendications concernant l'utilisation prophylactique de l'AZT pour combattre le sida étaient valides.

IV. Analyse

Depuis la découverte de son utilité pour traiter le VIH et le sida, l'AZT a rapporté aux intimés des centaines de millions de dollars en ventes à l'échelle mondiale. Seulement aux États-Unis, on estime que l'AZT a permis au titulaire du brevet relatif à cette substance de réaliser un profit de 592 000 000 $ entre 1987 et 1993 : J. Yardley, « Industry Giant Owns Right to AIDS Drug? N.C. Trial to Decide », *Atlanta Constitution*, 27 juin 1993, p. A4, cité dans Case Comment, « Patent Law — Pharmaceuticals — Federal Circuit Upholds Patents for AIDS Treatment Drug — *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.*, 40 F.3d 1223 (Fed. Cir. 1994) » (1995), 108 *Harv. L. Rev.* 2053, note 17.

Il n'est donc pas étonnant que les appelantes, qui sont des fabricantes de médicaments génériques, souhaitent obtenir à tout le moins une part du marché canadien de l'AZT. Pour y arriver, ils doivent faire invalider le brevet d'une façon ou d'une autre. Cependant, leur contestation, naturellement motivée par l'espoir de réaliser un profit, soulève des questions plus générales d'intérêt public.

Comme on l'a dit à maintes reprises, le brevet n'est pas une distinction ou une récompense civique accordée pour l'ingéniosité. C'est un moyen d'encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d'une durée limitée. La divulgation est le prix à payer pour obtenir le précieux droit de propriété exclusif qui est une pure création de la *Loi sur les brevets*. Dans l'esprit des gens, monopole rime avec hausse de prix. La population ne devrait pas être appelée à payer un prix élevé pour des spéculations, pour l'énoncé « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » (par. 27(3)) ou encore pour la « découverte » de choses évidentes ou déjà existantes. Le monopole conféré par un brevet ne devrait s'acquérir qu'au prix de divulgations nouvelles, ingénieuses, utiles et non évidentes. En

a treatment and prophylaxis for HIV/AIDS was a shot in the dark, a speculation based on inadequate information and testing, a lottery ticket for which the public in general and HIV and AIDS sufferers in particular have paid an exorbitant price. AZT works, but for reasons both unknown and unknowable by Glaxo/Wellcome at the time it filed its patent application, the appellants argue. A lucky guess is not, they say, patentable.

l'espèce, les appelantes font valoir que la découverte, en mars 1985, de l'utilité de l'AZT dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida était le fruit du hasard, une spéculation fondée sur des données et des essais insuffisants, un billet de loterie pour lequel la population en général et les séropositifs et les sidéens en particulier ont payé un prix exorbitant. L'AZT fonctionne, reconnaissent les appelantes, mais pour des raisons que Glaxo/Wellcome ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître lors du dépôt de sa demande de brevet. Un coup de chance, disent-elles, n'est pas brevetable.

Furthermore, if credit is to be given, the appellants argue, it should go to Drs. Broder and Mitsuya at the NIH who actually established the utility of AZT in human T-cells. If the patent on AZT was owned by the NIH or even by a co-ownership of Glaxo/Wellcome and the NIH, they say, the commercial history of AZT would have been vastly more oriented to the public interest.

38 En outre, les appelantes soutiennent que tout mérite éventuel devrait être attribué aux D[rs] Broder et Mitsuya du NIH qui ont véritablement établi l'utilité de l'AZT dans les lymphocytes T humains. Selon elles, si le brevet pour l'AZT était détenu par le NIH, ou encore conjointement par Glaxo/Wellcome et le NIH, le passé commercial de l'AZT aurait été axé beaucoup plus sur l'intérêt public.

The public interest arguments were not advanced in the U.S. just by advocates of rights for AIDS patients. The NIH itself in 1991 granted a non-exclusive licence to Barr Laboratories to "exploit any patent rights" the NIH "might have" in Glaxo/Wellcome's AZT patents. See Case Comment, *supra*, at p. 2054. See also "Agency Wants to End AIDS Drug Monopoly", *The New York Times*, May 29, 1991, p. A24. However, the U.S. patent owner successfully defeated this challenge in *Burroughs Wellcome v. Barr Laboratories*, *supra*, and see Case Comment, *supra*.

39 Aux États-Unis, les défenseurs des droits des patients atteints du sida n'ont pas été les seuls à plaider l'intérêt public. En 1991, le NIH lui-même a accordé à Barr Laboratories une licence non exclusive l'autorisant à [TRADUCTION] « exploiter tout droit conféré par brevet » que le NIH « pourrait avoir » sur les brevets de Glaxo/Wellcome relatifs à l'AZT. Voir Case Comment, *loc. cit.*, p. 2054. Voir également « Agency Wants to End AIDS Drug Monopoly », *The New York Times*, 29 mai 1991, p. A24. Cependant, le titulaire du brevet américain a réussi à contrer cette attaque dans l'affaire *Burroughs Wellcome c. Barr Laboratories*, précitée; voir Case Comment, *loc. cit.*

Under United States law, the Court of Appeals for the Federal Circuit said, it was irrelevant that Glaxo/Wellcome had no evidence of AZT's effectiveness against the HIV/AIDS virus in humans and no reasonable basis for believing that the invention would work (*Burroughs Wellcome v. Barr Laboratories*, *supra*, at p. 1921) until it subsequently received the NIH results. It was sufficient that on February 6, 1985, Glaxo/Wellcome scientists had a concept that was "definite and permanent" which could be applied by a person skilled in the art "without

40 La Court of Appeals for the Federal Circuit a affirmé que, selon la loi américaine, il était sans importance qu'avant de recevoir les résultats du NIH Glaxo/Wellcome n'ait disposé d'aucune preuve que l'AZT était efficace pour combattre le virus du VIH/sida chez l'être humain, ni d'aucun motif raisonnable de croire que l'invention fonctionnerait (*Burroughs Wellcome c. Barr Laboratories*, précité, p. 1921). Il suffisait que, le 6 février 1985, les scientifiques de Glaxo/Wellcome aient une idée [TRADUCTION] « nette et permanente » qu'une

extensive research or experimentation" (p. 1919). In order for there to be an invention in the United States, U.S. law requires "reduction to practice". "[C]onstructive reduction to practice" may occur when a patent application is filed in which an untested invention is adequately disclosed: *Travis v. Baker*, 137 F.2d 109 (C.C.P.A. 1943), at p. 111. This seems to have some affinity with our doctrine of "sound prediction" discussed below. However, given the differences in our respective patent laws, the outcome of the U.S. litigation on this patent is of limited interest here.

A. *The Standard of Review*

41 The Commissioner of Patents in this case allowed 78 claims. His decision in this respect is entitled to limited deference. In fact, the courts below have struck out 59 of the 78 claims allowed by the Commissioner, and no cross-appeal has been taken against these rulings.

42 Unlike the *Harvard Mouse* case (*Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76), released concurrently, these appeals are not limited to a question of law (i.e., the statutory limits of patentable subject matter). On that issue, the standard is correctness. The issue here is one of mixed fact and law, namely, was the Commissioner properly satisfied the claimed invention met the statutory test of utility? Fact finding generally commands deference, but here Parliament has provided an unfettered right of appeal to the Federal Court (*Patent Act*, s. 42).

43 There is no privative clause and the statutory presumption of the patent's validity in s. 45 of the *Patent Act* is rather weakly worded. It provides that after issuance a patent "in the absence of any evidence to

personne versée dans l'art pourrait utiliser « sans avoir à pousser la recherche ou l'expérimentation » (p. 1919). Pour qu'il y ait invention aux États-Unis, la loi américaine exige une [TRADUCTION] « présentation sous une forme pratique ». Il peut y avoir [TRADUCTION] « présentation sous une forme pratique par interprétation » lorsque, dans une demande de brevet, il y a divulgation suffisante d'une invention non testée : *Travis c. Baker*, 137 F.2d 109 (C.C.P.A. 1943), p. 111. Cela ressemble jusqu'à un certain point à notre règle de la « prédiction valable » qui sera analysée plus loin. Toutefois, étant donné les différences qui existent entre nos lois sur les brevets respectives, l'issue du litige américain en ce qui concerne le présent brevet a peu d'importance en l'espèce.

A. *La norme de contrôle*

Dans la présente affaire, le commissaire aux brevets a accepté 78 revendications. Sa décision à cet égard a droit à une retenue judiciaire limitée. En réalité, les tribunaux d'instance inférieure ont invalidé 59 des 78 revendications acceptées par le commissaire, et ces décisions n'ont fait l'objet d'aucun appel incident.

Contrairement à l'affaire de la *souris de Harvard* (*Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76), dont les motifs sont déposés simultanément, les présents pourvois ne portent pas uniquement sur une question de droit (c'est-à-dire sur les limites que la Loi impose à l'égard des objets brevetables). À ce sujet, la norme applicable est celle de la décision correcte. La Cour est appelée à trancher, en l'espèce, une question mixte de droit et de fait — celle de savoir si le commissaire s'était bien assuré que l'invention visée par la demande de brevet satisfaisait au critère de l'utilité prévu par la Loi. Les conclusions de fait commandent généralement la retenue judiciaire, mais, dans le cas qui nous occupe, le législateur a prévu un droit d'appel illimité à la Cour fédérale (*Loi sur les brevets*, art. 42).

Il n'y a aucune clause privative et la formulation de la présomption de validité du brevet, à l'art. 45 de la *Loi sur les brevets*, est plutôt faible. Cet article prévoit qu'une fois délivré un brevet est présumé

the contrary" is presumed to be valid. As Pratte J. (as he then was) said in *Rubbermaid (Canada) Ltd. v. Tucker Plastic Products Ltd.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.), at p. 14:

> . . . once the party attacking the patent has introduced evidence, the Court, in considering this evidence and in determining whether it establishes the invalidity of the patent, must not take the presumption into account. It cannot be said that the presumption created by [now s. 45] is, as a rule, either easy or difficult to overcome; in some cases, the circumstances may be such that the presumption will be easily rebutted, while, in other cases the same result may be very difficult or even impossible to obtain.

In other words, the statutory "presumption" adds little to the onus already resting, in the usual way, on the attacking party. The Commissioner and his staff have considerable expertise in these matters but the trial judge heard 60 days of expert evidence and legal submissions that post-dated their review of the patent application.

In the circumstances, I think the appropriate standard of review of these issues, which largely raise mixed questions of law and fact, is reasonableness *simpliciter*, i.e., that the Commissioner's decision must withstand a somewhat probing examination (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56).

B. *Inventorship*

The role of the Commissioner in scrutinizing patent applications is extremely important. The grant of a patent monopoly for 17 years (20 years after October 1, 1989) creates, and is intended to create, serious anti-competitive effects. Once the subject matter of the patent is fenced in by the claims, others trespass (advertently or inadvertently) on the forbidden territory at their peril. The boundary is defended by a considerable arsenal of remedies conferred by the *Patent Act*, including an accounting of the infringer's profits in an appropriate case. Patent litigation is usually protracted and costly. (The present

valide « sauf preuve contraire ». Comme l'a dit le juge Pratte (plus tard juge à la Cour d'appel fédérale) dans la décision *Rubbermaid (Canada) Ltd. c. Tucker Plastic Products Ltd.*, [1972] A.C.F. nº 1003 (QL) (1re inst.), par. 11 :

> . . . lorsque la partie qui attaque la validité du brevet a présenté des éléments de preuve, la Cour, en examinant ceux-ci aux fins de déterminer s'ils établissent la nullité du brevet, ne doit pas tenir compte de la présomption. On ne peut dire, d'une manière générale, si la présomption légale créée par [ce qui est maintenant l'art. 45] est facile ou difficile à renverser; dans certains cas, les circonstances peuvent être telles que la présomption puisse être facilement repoussée, tandis que dans d'autres, il peut être très difficile, sinon impossible, d'y arriver.

En d'autres termes, la « présomption » légale augmente peu la charge qui incombe déjà, de la manière habituelle, à la partie qui attaque la validité du brevet. Le commissaire et son personnel possèdent une expertise considérable en la matière, mais le juge de première instance a entendu, pendant 60 jours, des témoignages d'experts et des arguments juridiques postérieurs à leur examen de la demande de brevet.

44 Dans les circonstances, j'estime que la norme de contrôle applicable à ces questions, qui sont principalement des questions mixtes de droit et de fait, est celle du caractère raisonnable *simpliciter*, c'est-à-dire que la décision du commissaire doit pouvoir résister à un examen assez poussé (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56).

B. *La paternité de l'invention*

45 Le commissaire joue un rôle extrêmement important dans l'examen des demandes de brevet. Le monopole d'une durée de 17 ans (20 ans depuis le 1er octobre 1989) que confère un brevet a, et est conçu pour avoir, des effets anticoncurrentiels importants. Dès que l'objet du brevet est circonscrit par les revendications, ceux qui s'engagent sur ce terrain interdit (consciemment ou par inadvertance) le font à leurs risques et périls. Ce terrain est protégé par un arsenal considérable de redressements prévus par la *Loi sur les brevets*, dont la production, dans les cas qui s'y prêtent, d'un état comptable

litigation commenced in 1990 and took 12 years to get here.) There is in the meantime a chilling effect on other researchers. They will tend to invest their talents in less litigious areas. Parliament considered this chilling effect to be a worthwhile price for the disclosure of a "new and useful" invention, bringing into the public domain information that might otherwise remain a trade secret, but there is nothing in the Act to suggest that Parliament was prepared to accept the chilling effect in exchange for nothing but speculation.

46 Glaxo/Wellcome argues that where the subject matter of the patent is a new use for an old chemical compound, it is enough that the invention is reduced to a definite and practical shape "by the formulation of a written or oral description". This cannot be correct. The concept might be beautifully described but at the same time be quite wrong and misleading to people who consult it. In such a case, the public would be spending its monopoly rights for misinformation, and in the process litter the patent registry with useless patents that might impede others in their search for a real solution to the same problem. Nor, in my view, is it enough for a patent owner to be able to buttress speculation with post-patent proof, and thereby to turn dross into gold. Utility is an essential part of the definition of an "invention" (*Patent Act*, s. 2). A policy of patent first and litigate later unfairly puts the onus of proof on the attackers to prove *invalidity*, without the patent owner's ever being put in a position to establish validity. Unless the inventor is in a position to establish utility as of the time the patent is applied for, on the basis of either demonstration or sound prediction, the Commissioner "by law" is required to refuse the patent (*Patent Act*, s. 40).

des profits réalisés par le contrefacteur. Les litiges en matière de brevet sont habituellement longs et onéreux. (Le présent litige a débuté en 1990 et 12 années se sont écoulées avant qu'il parvienne à notre Cour.) Dans l'intervalle, ces litiges ont un effet paralysant sur les autres chercheurs. Ceux-ci ont alors tendance à exercer leurs talents dans des secteurs moins litigieux. Le législateur a estimé que cet effet paralysant était un prix qui méritait d'être payé pour la divulgation d'une invention « présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité », qui contribuait à rendre publique une information qui, par ailleurs, serait peut-être demeurée un secret industriel. Cependant, rien dans la Loi n'indique que le législateur était disposé à accepter que cet effet paralysant soit un prix à payer pour de simples spéculations.

Selon Glaxo/Wellcome, lorsque l'objet du brevet est une nouvelle utilisation d'un composé chimique déjà connu, il suffit de présenter l'invention sous une forme définie et pratique [TRADUCTION] « par la formulation d'une description écrite ou verbale ». Cela ne saurait être exact. Quelque admirable que puisse en être la description, une idée peut être, en même temps, tout à fait erronée et trompeuse pour les gens qui s'y réfèrent. Le cas échéant, la population se trouverait à consentir un monopole pour une désinformation et, ce faisant, à encombrer le registre des brevets de brevets inutiles susceptibles d'empêcher d'autres chercheurs de trouver une vraie solution au même problème. À mon avis, il ne suffit pas non plus que le titulaire du brevet soit en mesure d'étayer ses spéculations au moyen d'une preuve postérieure à la délivrance du brevet et de transformer ainsi du plomb en or. L'utilité est une composante essentielle de la définition du mot « invention » (*Loi sur les brevets*, art. 2). Une politique consistant à délivrer le brevet d'abord et à poser des questions plus tard revient à obliger injustement la partie qui attaque la validité du brevet à en établir l'*invalidité*, sans que le titulaire du brevet n'ait jamais à en établir la validité. À moins que l'inventeur ne soit en mesure d'établir, au moyen d'une démonstration ou d'une prédiction valable, l'utilité de l'invention au moment de la demande de brevet, le commissaire est tenu « en droit » de refuser le brevet (*Loi sur les brevets*, art. 40).

I propose now to deal with these propositions in more detail.

1. Patentable Subject Matter

There is no serious challenge in this case to subject matter patentability. "[H]itherto unrecognized properties" can constitute a patentable new use for an old substance: *Shell Oil*, *supra*, at p. 549, *per* Wilson J. In that case, it was disclosed in the patent that known chemical compounds revealed a previously unrecognized use as plant growth regulators.

At trial, the present appellants argued that the patent was invalid as seeking to monopolize a method of medical treatment contrary to *Tennessee Eastman*, *supra*, but this was rightly rejected. *Tennessee Eastman* was concerned with the patentability of a surgical method for joining incisions or wounds by applying certain compounds. The decision was based on the former s. 41 of the *Patent Act*, now repealed. The Court concluded that the method (apart from the compounds) was not patentable. The policy rationale, as explained by Wilson J. in *Shell Oil*, *supra*, at p. 554, was that the unpatentable claim was

> essentially non-economic and unrelated to trade, industry, or commerce. It was related rather to the area of professional skills.

The AZT patent does not seek to "fence in" an area of medical treatment. It seeks the exclusive right to provide AZT as a commercial offering. How and when, if at all, AZT is employed is left to the professional skill and judgment of the medical profession.

2. Proof of Utility

The *Patent Act* defines an "invention" as, amongst other criteria, "new and useful" (s. 2). If it is not useful, it is not an invention within the meaning of the Act.

Je compte maintenant examiner plus en détail ces propositions. 47

1. L'objet brevetable

La brevetabilité de l'objet de l'invention n'est pas sérieusement contestée en l'espèce. « [D]es propriétés jusqu'alors inconnues » peuvent constituer une nouvelle utilisation brevetable d'une substance déjà connue : *Shell Oil*, précité, p. 549, le juge Wilson. Dans cette affaire, le brevet comportait la divulgation d'une utilisation auparavant inconnue de composés déjà connus comme étant des régulateurs de croissance végétale. 48

En l'espèce, les appelantes ont fait valoir, au cours du procès, que le brevet était invalide parce qu'il visait à monopoliser une méthode de traitement médical, ce qui allait à l'encontre de l'arrêt *Tennessee Eastman*, précité, mais cet argument a été rejeté à bon droit. L'arrêt *Tennessee Eastman* portait sur la brevetabilité d'une méthode chirurgicale de conglutination d'incisions ou de blessures au moyen de certains composés. Cet arrêt était fondé sur l'ancien art. 41 de la *Loi sur les brevets*, maintenant abrogé. La Cour a conclu que la méthode (considérée séparément des composés) n'était pas brevetable. Selon la politique générale expliquée par le juge Wilson dans l'arrêt *Shell Oil*, précité, p. 554, la revendication non brevetable était 49

> essentiellement de nature non économique et non reliée au commerce ou à l'industrie. Elle appartenait plutôt au domaine de la compétence professionnelle.

Le brevet pour l'AZT ne cherche pas à « circonscrire » un secteur de traitement médical. Il vise à obtenir le droit exclusif de commercialiser l'AZT. La question de savoir comment et quand, s'il y a lieu, employer l'AZT est laissée à la compétence et au jugement des membres de la profession médicale. 50

2. La preuve de l'utilité

Selon la définition qu'en donne la *Loi sur les brevets*, une « invention » doit notamment présenter « le caractère de la nouveauté et de l'utilité » (art. 2). Si ce n'est pas utile, ce n'est pas une invention au sens de la Loi. 51

52 It is important to reiterate that the only contribution made by Glaxo/Wellcome in the case of AZT was to identify a new use. The compound itself was not novel. Its chemical composition had been described 20 years earlier by Dr. Jerome Horwitz. Glaxo/Wellcome claimed a hitherto unrecognized utility but if it had not established such utility by tests or sound prediction at the time it applied for its patent, then it was offering nothing to the public but wishful thinking in exchange for locking up potentially valuable research turf for (then) 17 years. As Jackett C.J. observed in *Procter & Gamble Co. v. Bristol-Myers Canada Ltd.* (1979), 42 C.P.R. (2d) 33 (F.C.A.), at p. 39:

> By definition an "invention" includes a "new and useful process". A "new" process is not an invention unless it is "useful" in some practical sense. Knowing a new process without knowing its utility is not in my view knowledge of an "invention".

53 Glaxo/Wellcome says the invention was complete when the draft patent application was circulated internally on February 6, 1985. Its argument here, as in the United States, was that the written description identified the drug and its new use sufficiently to give the invention "definite and practical shape". It taught persons skilled in the art how the invention could be practised. This, however, misses the point. The question on February 6, 1985, was not whether or how the invention could be practised. The question was whether AZT did the job against HIV that was claimed; in other words, whether on February 6, 1985, there was *any* invention at all within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*.

54 Canadian case law dealing with inventorship has to be read keeping the particular factual context in mind. In *Christiani v. Rice*, [1930] S.C.R. 443, this Court held, *per* Rinfret J. (as he then was), at p. 454:

Il est important de rappeler qu'en ce qui concerne l'AZT la seule contribution de Glaxo/Wellcome a consisté à en découvrir une nouvelle utilisation. Le composé lui-même n'était pas nouveau. Le D[r] Jerome Horwitz en avait décrit la composition chimique 20 ans plus tôt. Glaxo/Wellcome revendiquait une utilité jusqu'alors inconnue, mais si elle n'avait pas démontré cette utilité par des essais ou une prédiction valable au moment de la demande de brevet, elle n'aurait rien eu d'autre à offrir à la population que des vœux pieux en échange de la monopolisation, pendant une période de 17 ans (à l'époque), d'un secteur de recherche susceptible de devenir profitable. Comme l'a fait observer le juge en chef Jackett dans l'arrêt *Procter & Gamble Co. c. Bristol-Myers Canada Ltd.*, [1979] A.C.F. n° 405 (QL) (C.A.), par. 16 :

> Par définition une « invention » comprend un « procédé présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Un nouveau procédé ne constitue pas une invention, à moins qu'il ne soit utile au sens pratique. À mon avis, ce n'est pas connaître une « invention », que de connaître un procédé sans connaître son utilité.

Glaxo/Wellcome affirme que l'invention était complète le 6 février 1985, date à laquelle on avait fait circuler à l'intérieur de l'entreprise l'avant-projet de demande de brevet. Elle soutient en l'espèce, comme elle l'a fait aux États-Unis, que la description écrite cernait suffisamment le médicament et sa nouvelle utilisation pour donner à l'invention une « forme définie et pratique ». La description indiquait aux personnes versées dans l'art la façon dont l'invention pouvait être mise en pratique. Or, là n'est pas la question. Le 6 février 1985, il s'agissait non pas de savoir si l'invention pouvait être mise en pratique ni comment elle pouvait l'être, mais plutôt si l'AZT agissait sur le VIH comme on le prétendait; en d'autres termes, *y avait-il*, le 6 février 1985, une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*?

La jurisprudence canadienne relative à la paternité d'une invention doit être interprétée en fonction du contexte factuel en présence. Dans l'arrêt *Christiani c. Rice*, [1930] R.C.S. 443, notre Cour, sous la plume du juge Rinfret (plus tard Juge en chef), a conclu, à la p. 454, que

. . . for the purpose of section 7 [now s. 27], "it is not enough for a man to say that an idea floated through his brain; he must at least have reduced it to a definite and practical shape before he can be said to have invented a process". [Emphasis added.]

The claimed invention in that case was a process for manufacturing porous cement. The utility of porous cement was not in dispute. The question was how to make it, and who was the first to invent the process. In this case, Dr. Horwitz taught everyone how to make AZT. The question was what could usefully be done with it. In *Ernest Scragg & Sons Ltd. v. Leesona Corp.*, [1964] Ex. C.R. 649, Thorson P. held that if the invention related to an apparatus or process, it was sufficient if the apparatus had actually been built or the process used. The invention in that case was for "Thermoplastic Yarns and Methods of Processing Them" (p. 659). AZT had been compounded and used in 1964, but not by Glaxo/Wellcome, and not in relation to HIV/AIDS. The invention claimed here related entirely to the new and hitherto unexpected use. Glaxo/Wellcome also cites *Koehring Canada Ltd. v. Owens-Illinois Inc.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 1 (F.C.A.) (leave to appeal refused, [1980] 2 S.C.R. ix), which dealt with an invention to harvest and process trees in the middle of a forest. The utility was obvious. The invention lay in the machine and its operation. Glaxo/Wellcome also relied upon two Canadian appeals to the Privy Council for the proposition that "proof of utility is not required for there to be an invention" (factum, para. 45): *Permutit Co. v. Borrowman*, [1926] 4 D.L.R. 285 (P.C.), and *C.G.E. Co. v. Fada Radio Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 449 (P.C.). In neither case was utility in doubt. *Permutit* dealt with a process for softening water and *Fada Radio* dealt with a radio tuning device. There may in such cases be some doubt about the commercial success of the invention, but utility in this context means useful for the purpose claimed, not commercial acceptance.

[TRADUCTION] pour appliquer l'art. 7 [maintenant l'art. 27] « il ne suffit pas de dire qu'une idée nous est venue à l'esprit; il faut au moins avoir donné à cette idée une forme définie et pratique avant de pouvoir dire qu'un procédé a été inventé ». [Je souligne.]

Dans cette affaire, l'invention visée par la demande de brevet était un procédé de fabrication de ciment poreux. L'utilité du ciment poreux n'était pas contestée. Il s'agissait de savoir comment le fabriquer et qui était l'inventeur du procédé. En l'espèce, le D^r^ Horwitz a enseigné à tout le monde comment fabriquer l'AZT. Il s'agissait de savoir comment s'en servir utilement. Dans l'arrêt *Ernest Scragg & Sons Ltd. c. Leesona Corp.*, [1964] R.C. de l'É. 649, le président Thorson a statué que, dans le cas où l'invention avait trait à un appareil ou à un procédé, il suffisait que l'appareil ait été construit ou que le procédé ait été utilisé réellement. Dans cette affaire, l'invention concernait des [TRADUCTION] « fils thermoplastiques et les méthodes utilisées pour les traiter » (p. 659). L'AZT avait été fabriqué et utilisé en 1964, mais non par Glaxo/Wellcome ni relativement au VIH/sida. L'invention visée par la demande de brevet en l'espèce concernait entièrement la nouvelle utilisation jusqu'alors inattendue. Glaxo/Wellcome cite également l'arrêt *Owens-Illinois Inc. c. Koehring Canada Ltd.*, [1980] A.C.F. n^o^ 927 (QL) (C.A.) (autorisation de pourvoi refusée, [1980] 2 R.C.S. ix). Cet arrêt portait sur une invention permettant de récolter et de façonner des arbres en pleine forêt. L'utilité de cette invention était évidente. L'invention même était la machine et son fonctionnement. Glaxo/Wellcome a également invoqué deux arrêts du Conseil privé à l'appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « aucune preuve de l'utilité n'est nécessaire pour qu'il y ait une invention » (mémoire, par. 45) : *Permutit Co. c. Borrowman*, [1926] 4 D.L.R. 285 (C.P.), et *C.G.E. Co. c. Fada Radio Ltd.*, [1930] 1 D.L.R. 449 (C.P.). Dans aucun de ces cas l'utilité n'était mise en doute. Les affaires *Permutit* et *Fada Radio* concernaient respectivement un procédé d'adoucissement de l'eau et un appareil de syntonisation radiophonique. En pareils cas, des doutes peuvent planer au sujet du succès commercial de l'invention, mais l'utilité dans ce contexte s'entend de l'utilité aux fins revendiquées et non de l'acceptation commerciale.

55 In the present case, by contrast, if the utility of AZT for the treatment of HIV/AIDS was unpredictable at the time of the patent application, then the inventors had not made an invention and had offered nothing to the public in exchange for a 17-year monopoly except wishful thinking.

56 Where the new use is the *gravamen* of the invention, the utility required for patentability (s. 2) must, as of the priority date, either be demonstrated or be a sound prediction based on the information and expertise then available. If a patent sought to be supported on the basis of sound prediction is subsequently challenged, the challenge will succeed if, *per* Pigeon J. in *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, at p. 1117, the prediction at the date of application was not sound, or, irrespective of the soundness of the prediction, "[t]here is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered".

3. The Limits of Sound Prediction

57 The evidence accepted by the trial judge showed that by March 16, 1985, Glaxo/Wellcome had sufficient information about AZT and its activity against HIV in human cells to make a sound prediction that AZT would be useful in the treatment and prophylaxis of HIV/AIDS in human beings. To the extent its claims went beyond the limits within which the prediction remained sound (e.g., in claiming treatment for human retroviruses other than HIV), the Federal Court properly struck them out.

58 Although the trial judge did not consider the doctrine of "sound prediction" to be applicable in this sort of case, he seems to have applied it nevertheless when he decided that the claims did not exceed the invention, starting at para. 108. He also seems to have applied it when he upheld the patent claims for prophylaxis as well as treatment. At para. 292 he pointed out, in that connection, that "demonstrated utility or reduction to practice is not a requirement under Canadian patent law" (emphasis added). Lack

En l'espèce, par contre, si l'utilité de l'AZT pour le traitement du VIH/sida avait été imprévisible au moment de la demande de brevet, les inventeurs n'auraient alors rien inventé ni rien eu à offrir à la population, si ce n'est des vœux pieux, en échange d'un monopole de 17 ans.

Lorsque la nouvelle utilisation est l'*élément essentiel* de l'invention, l'utilité requise pour qu'il y ait brevetabilité (art. 2) doit, dès la date de priorité, être démontrée ou encore constituer une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Si un brevet qu'on a tenté d'étayer par une prédiction valable est par la suite contesté, la contestation réussira si, comme l'a affirmé le juge Pigeon dans l'arrêt *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, p. 1117, la prédiction n'était pas valable à la date de la demande ou si, indépendamment du caractère valable de la prédiction, « [i]l y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé ».

3. Les limites de la prédiction valable

Selon la preuve retenue par le juge de première instance, Glaxo/Wellcome possédait, le 16 mars 1985, assez de renseignements au sujet de l'AZT et de son action sur le VIH dans des cellules humaines pour prédire valablement que l'AZT serait utile dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida chez l'être humain. Dans la mesure où ses revendications excédaient les limites à l'intérieur desquelles la prédiction demeurait valable (par exemple, la revendication concernant le traitement des rétrovirus humains autres que le VIH), la Cour fédérale les a invalidées à bon droit.

Même s'il ne considérait pas que la règle de la « prédiction valable » s'appliquait à ce type d'affaire, le juge de première instance semble néanmoins l'avoir appliquée lorsqu'il a décidé, aux par. 108 et suivants, que les revendications n'excédaient pas la portée de l'invention. Il semble également l'avoir appliquée lorsqu'il a confirmé la validité des revendications du brevet relatives à la prophylaxie et au traitement. Au paragraphe 292, il a souligné, à cet égard, qu'« il n'est pas nécessaire, en droit canadien

of demonstrated utility does not obviate the need for sound prediction.

The doctrine of sound prediction seems to have had its genesis in a comment by Lord MacDermott in *May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.), at p. 50 (where, however, he rejected its application on the facts). It was connected to the requirement that the claims be "fairly based" on the patent disclosure: *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), at pp. 322-23. The principle of "fair basis" was later explicitly incorporated into the British *Patents Act, 1949* (U.K.), 1949, c. 87, ss. 4(3) and 32(1)(*i*). While these specific provisions were repealed in 1977, the "fair basis" doctrine seems still to be a force in British patent law; see Lord Hoffmann in *Biogen Inc. v. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1 (H.L.).

The doctrine of "sound prediction" was given serious shape and substance by Graham J. in *Olin Mathieson Chemical Corp. v. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157 (Ch. D.). In that case the proposition was framed as follows, at p. 182:

> If it is really possible, according to the evidence, to make a sound prediction about a certain area, then prima facie it would be reasonable that the patentee should have a claim accordingly . . . .

The doctrine was explicitly received into our law in *Monsanto*, *supra*. In that case, the Court was confronted with a patent that included claims to numerous chemical compounds to inhibit premature vulcanization of rubber, but only three of the claimed compounds had actually been prepared and tested before the date the application was filed. The examiner rejected the claims to the untested compounds, holding that "broad product claims must be adequately supported by a sufficient number of [tested] examples" (p. 1111). The rejection was upheld by

des brevets, de démontrer l'utilité d'une invention ni de la réaliser sous une forme pratique » (je souligne). L'omission de démontrer l'utilité n'élimine pas la nécessité d'une prédiction valable.

59 La règle de la prédiction valable semble avoir son origine dans un commentaire de lord MacDermott dans l'arrêt *May & Baker Ltd. c. Boots Pure Drug Co.* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.), p. 50 (où il a cependant décidé qu'elle ne s'appliquait pas compte tenu des faits). Cette règle était liée à l'exigence que les revendications soient [TRADUCTION] « honnêtement fondées » sur la divulgation contenue dans le brevet : *In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), p. 322-323. Le principe du [TRADUCTION] « fondement honnête » a par la suite été explicitement incorporé en Angleterre dans la *Patents Act, 1949* (R.-U.), 1949, ch. 87, par. 4(3) et al. 32(1)*i*). Bien que ces dispositions particulières aient été abrogées en 1977, le principe du « fondement honnête » semble toujours s'appliquer en droit britannique des brevets; voir lord Hoffmann dans l'arrêt *Biogen Inc. c. Medeva PLC*, [1997] R.P.C. 1 (H.L.).

60 Dans la décision *Olin Mathieson Chemical Corp. c. Biorex Laboratories Ltd.*, [1970] R.P.C. 157 (Ch. D.), le juge Graham a grandement contribué à donner forme et substance à la règle de la « prédiction valable ». Dans cette affaire, le principe est ainsi formulé, à la p. 182 :

> [TRADUCTION] S'il est vraiment possible, compte tenu de la preuve, de faire une prédiction valable concernant un certain domaine, il serait donc raisonnable, à première vue, que le breveté puisse formuler une revendication en conséquence . . .

61 Cette règle a été expressément admise dans notre droit dans l'arrêt *Monsanto*, précité. Dans cette affaire, notre Cour était saisie d'un brevet comportant des revendications relatives à de nombreux composés chimiques censés inhiber la vulcanisation prématurée du caoutchouc, mais seulement trois des composés revendiqués avaient réellement été préparés et testés avant la date du dépôt de la demande. L'examinateur a rejeté les revendications concernant les composés non testés, affirmant que [TRADUCTION] « des revendications générales

the Patent Appeal Board and the Federal Court, but this Court reversed on the basis that the "architecture of chemical compounds" was no longer a mystery but, within limits, soundly predictable. Pigeon J. thus wrote, at pp. 1118-19:

> Although the report of the Board is quite lengthy, in the end with respect to claim 9 all it says after stating the principle with which I agree, is that a claim has to be restricted to the area of sound prediction and "we are not satisfied that three specific examples are adequate". As to why three is not enough nothing is said. In my view this is to give no reason at all in a matter which is not of speculation but of exact science. We are no longer in the days when the architecture of chemical compounds was a mystery. By means of modern techniques, chemists are now able to map out in detail the exact disposition of every atom in very complex molecules. It, therefore, becomes possible to ascertain, as was done in *Olin Mathieson*, the exact position of a given radical and also to relate this position to a specific activity. It thus becomes possible to predict the utility of a substance including such radical. [Emphasis added.]

62 Pigeon J. found persuasive a line of British patent cases including the decisions of the House of Lords in *May & Baker*, *supra*, and *Mullard Radio Valve Co. v. Philco Radio and Television Corp.* (1936), 53 R.P.C. 323, as well as the Chancery Division judgment in *Olin Mathieson*, *supra*. Pigeon J. adopted a number of propositions stated by Graham J. in *Olin Mathieson*, a case dealing with claims to certain chemical derivatives for pharmaceutical use as tranquillizers, in their entirety, at pp. 1116-17:

> Where, then, is the line to be drawn between a claim which goes beyond the consideration and one which equiparates with it? In my judgment this line was drawn properly by Sir Lionel when he very helpfully stated in the words quoted above that it depended upon whether or not it was possible to make a sound prediction. If it is possible for the patentee to make a sound prediction and to frame a claim which does not go beyond the limits

de produits doivent s'appuyer pleinement sur un nombre suffisant d'exemples [testés] » (p. 1111). Ce rejet a été confirmé par la Commission d'appel des brevets et la Cour fédérale, mais notre Cour l'a infirmé pour le motif que l'« architecture des composés chimiques » n'était plus un mystère, mais pouvait, jusqu'à un certain point, faire l'objet d'une prédiction valable. Le juge Pigeon écrivait ainsi, aux p. 1118-1119 :

> Quoique le rapport de la Commission soit très long, en définitive tout ce qu'il dit au sujet de la revendication 9, après avoir énoncé le principe avec lequel je suis d'accord, c'est qu'une revendication doit se limiter à l'étendue de la prédiction valable et que « nous ne sommes pas convaincus que trois exemples spécifiques soient suffisants ». Rien ne dit pourquoi trois ne suffisent pas. À mon avis, c'est là ne donner aucune raison dans un domaine qui n'en est pas un de spéculation mais de science exacte. Nous ne sommes plus à l'époque où l'architecture des composés chimiques était un mystère. Grâce aux techniques modernes, les chimistes sont aujourd'hui capables de déterminer exactement la disposition de tous les atomes dans des molécules très complexes. Il devient donc possible de préciser, comme cela a été fait dans *Olin Mathieson*, la position exacte d'un radical donné, et de relier cette position à une activité particulière. Il devient alors aussi possible de prévoir l'utilité d'une substance renfermant un tel radical. [Je souligne.]

Le juge Pigeon a estimé convaincant un courant de jurisprudence britannique en matière de brevet, comprenant les arrêts de la Chambre des lords *May & Baker*, précité, et *Mullard Radio Valve Co. c. Philco Radio and Television Corp.* (1936), 53 R.P.C. 323, ainsi que la décision *Olin Mathieson*, précitée, de la Division de la chancellerie. Aux pages 1116-1117 de l'arrêt *Monsanto*, le juge Pigeon a adopté un certain nombre des propositions formulées par le juge Graham, dans la décision *Olin Mathieson*, qui portait sur l'ensemble des revendications concernant certains dérivés chimiques destinés à servir de médicament tranquillisant :

> [TRADUCTION] Où donc doit-on tracer la ligne entre une revendication qui va au-delà de l'objet et une qui coïncide avec lui? À mon avis, sir Lionel a correctement tracé cette ligne lorsqu'il a fort utilement déclaré, dans les termes cités plus haut, que cela dépend s'il est possible de faire une prédiction valable. S'il est possible pour le breveté de faire une prédiction valable et de formuler une revendication qui ne dépasse pas les limites à l'intérieur

within which the prediction remains sound, then he is entitled to do so. Of course, in so doing he takes the risk that a defendant may be able to show that his prediction is unsound or that some bodies falling within the words he has used have no utility or are old or obvious or that some promise he has made in his specification is false in a material respect; but if, when attacked, he survives this risk successfully, then his claim does not go beyond the consideration given by his disclosure, his claim is fairly based on such disclosure in these respects, and is valid. [Emphasis added.]

Adopting this admirably concise formulation, Pigeon J. drew the following conclusion at p. 1117:

I have quoted again the passage quoted by the [Patent Appeal] Board because I consider the last sentence of the paragraph of some importance as it does clearly indicate what is meant by a "sound prediction". It cannot mean a certainty since it does not exclude all risk that some of the area covered may prove devoid of utility. It thus appears to me that the test formulated by Graham J. involves just two possible reasons for rejecting claims such as those in issue.

1. There is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered; [or]

2. It is not a sound prediction. [Emphasis added.]

Our Federal Court of Appeal subsequently applied the doctrine of "sound prediction" in the context of a patent for a pharmaceutical product in *Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents* (1982), 65 C.P.R. (2d) 73. In that case, Thurlow C.J. upheld product and process claims in relation to certain "new amines" useful in cardiac treatment, but added the qualification that what is predictable chemically may not be predictable pharmacologically, at p. 77:

The predictability of a particular result seems to me to be essentially a question of fact, though in some situations it may be a matter of common knowledge. With respect to chemical reactions it is apparent from the foregoing that knowledge in the chemical art as to the predictability of chemical reactions has advanced considerably in the 50 years since *Chipman Chemicals Ltd. v. Fairview Chemical Co. Ltd.*, [1932] Ex. C.R. 107, was

desquelles la prédiction demeure valable, il en a alors le droit. Bien sûr, en agissant ainsi il prend le risque qu'un défendeur soit en mesure de démontrer que sa prédiction n'est pas valable ou que certains corps compris dans les termes qu'il a utilisés sont inutiles ou [déjà connus] ou évidents ou qu'une promesse quelconque qu'il a faite dans son mémoire descriptif est fausse sous un aspect important; mais si, devant une contestation, il échappe à ce risque, sa revendication ne va pas au-delà de l'objet révélé par la divulgation, elle est honnêtement fondée sur celle-ci sous cet aspect et elle est valide. [Je souligne.]

Faisant sienne cette formulation admirablement concise, le juge Pigeon a tiré la conclusion suivante, à la p. 1117 :

Si j'ai cité de nouveau le passage cité par la Commission [d'appel des brevets], c'est que je suis d'avis que la dernière phrase est importante parce qu'elle indique clairement ce que l'on entend par « prédiction valable ». Il ne peut s'agir d'une certitude puisqu'elle n'exclut pas tout risque qu'une partie du domaine visé puisse se révéler inutile. Le critère formulé par le juge Graham me paraît donc présenter seulement deux motifs possibles pour rejeter des revendications comme celles en litige.

1. Il y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé;

2. Ce n'est pas une prédiction valable. [Je souligne.]

63 La Cour d'appel fédérale a subséquemment appliqué la règle de la « prédiction valable » dans le contexte d'un brevet pour un produit pharmaceutique, dans l'arrêt *Ciba-Geigy Ag. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1982] A.C.F. nº 425 (QL). Dans cet arrêt, le juge en chef Thurlow a confirmé la validité de revendications concernant des produits et des procédés se rapportant à certaines « nouvelles amines » utiles pour traiter les maladies cardiaques, mais il a formulé la réserve selon laquelle il se peut que ce qui est prévisible sur le plan chimique ne le soit pas sur le plan pharmacologique (au par. 8) :

Il me semble que la prévisibilité d'un résultat donné soit essentiellement une question de fait, même si dans certains cas ce peut être une question de notoriété publique. En ce qui concerne les réactions chimiques, ce qui précède indique clairement que la connaissance qu'ont les chimistes de la prévisibilité des réactions chimiques a fait d'immenses progrès au cours des cinquante années qui ont suivi la décision *Chipman Chemicals Ltd. v.*

decided. The predictability of chemical reactions should not, however, be confused with predictability of the pharmacological effects and thus of the pharmacological utility of new substances. [Emphasis added.]

64 Thurlow C.J. was not laying down as a matter of law that pharmacological utility cannot be predicted because, as he said, predictability is "essentially a question of fact". It will depend on the evidence. In *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), for example, claims in respect of a semi-synthetic penicillin were invalidated as being little more than an announcement of a research project (p. 570). In that case, on the facts, Lord Diplock stated at p. 579:

> The evidence in the instant case is overwhelming that it is not yet possible to predict in advance what, if any, special therapeutic advantages will be possessed by a penicillin made to a particular formula. The only way to find out is to make it and discover what its therapeutic characteristics are by conducting extensive tests upon it *in vitro* and *in vivo*.

65 However, where, as here, the trial judge accepts on the evidence that the inventors *could* in fact make a sound prediction that an old compound (AZT) offers a hitherto unexpected utility in the treatment and prophylaxis of HIV/AIDS, then (and only then) does their disclosure of "the invention" offer real consideration for the monopoly benefits they seek.

66 The doctrine of "sound prediction" balances the public interest in early disclosure of new and useful inventions, even before their utility has been verified by tests (which in the case of pharmaceutical products may take years) and the public interest in avoiding cluttering the public domain with useless patents, and granting monopoly rights in exchange for misinformation.

Fairview Chemicals Co. Ltd., [1932] R.C. de l'É. 107. Cependant, il ne faut pas confondre la prévisibilité des réactions chimiques et la prévisibilité des effets pharmacologiques et de l'utilité pharmacologique des nouvelles substances. [Je souligne.]

Le juge en chef Thurlow n'établissait pas une règle de droit voulant que l'utilité pharmacologique ne soit pas prévisible parce que, comme il l'a dit, la prévisibilité est « essentiellement une question de fait ». Tout dépendra de la preuve. Par exemple, dans l'arrêt *Beecham Group Ltd. c. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), les revendications concernant une pénicilline semi-synthétique ont été invalidées parce qu'elles n'étaient guère plus que l'annonce d'un projet de recherche (p. 570). Dans cette affaire, lord Diplock a affirmé, à la lumière des faits, à la p. 579 :

> [TRADUCTION] En l'espèce, il existe une preuve accablante qu'il n'est pas encore possible de prédire à l'avance quels seront, le cas échéant, les avantages thérapeutiques particuliers que présentera une pénicilline fabriquée selon une formule particulière. Le seul moyen de le savoir est de la fabriquer et de découvrir ses caractéristiques thérapeutiques en la soumettant à des tests *in vitro* et *in vivo* poussés.

Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de première instance reconnaît, à la lumière de la preuve, que les inventeurs *pouvaient*, en réalité, prédire valablement qu'un composé déjà connu (l'AZT) aurait une utilité jusqu'alors inattendue dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida, leur divulgation de « l'invention » constitue alors (et alors seulement) une véritable contrepartie pour les avantages monopolistiques qu'ils sollicitent.

La règle de la « prédiction valable » établit un équilibre entre l'intérêt public à ce que les inventions nouvelles et utiles soient divulguées rapidement, même avant qu'on en ait vérifié l'utilité par des tests (ce qui peut prendre des années dans le cas des produits pharmaceutiques), et l'intérêt public qu'il y a à éviter d'encombrer le domaine public de brevets inutiles et de consentir un monopole pour une désinformation.

4. The Trial Judge's Rejection of "Sound Prediction" in This Case

The trial judge concluded that the doctrine of sound prediction did not apply here because in his view the doctrine addresses the issue of *testing* rather than *utility*. Thus the absence of tests confirming the suitability of certain compounds was held not to be fatal (because the results were soundly predictable) in *Monsanto* itself, and in *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555. The doctrine was used in those cases to permit the inventors to extrapolate from the utility of a proven invention to the utility of equivalent chemical compounds. "Accordingly", the trial judge concluded at para. 99, "it would be inappropriate to rely on the doctrine of sound prediction where the true cause of invalidity is not inutility but insufficient testing".

The Court of Appeal, on the other hand, considered the doctrine of sound prediction to be unnecessarily strict. Sexton J.A., with whom Rothstein J.A. specifically agreed on this point, stated at para. 50:

> In my view, this Court's decision in *Ciba-Geigy* stands for the proposition that even where an invention constitutes a speculation as of the priority date claimed in the patent, the patent will not be invalid if it turns out that the speculation is valid at the time the patent is attacked.

With respect, I think Parliament intended to get something more than speculation in exchange for the grant of a patent monopoly (a point which is further discussed below). On the other hand, I do not think, with respect, that the doctrine of sound prediction is limited to the narrow ambit ascribed to it by the trial judge. Once it is accepted that in appropriate circumstances utility can be predicted in advance of complete testing (whether of untested chemical compounds or otherwise), there seems no reason in principle why the doctrine should not be applied more generally, depending, of course, on the expert evidence. There is no doubt that care must be taken that the doctrine is not abused, and that sound

4. Le rejet par le juge de première instance de l'argument de la « prédiction valable » dans la présente affaire

67 Le juge de première instance a conclu que la règle de la prédiction valable ne s'appliquait pas en l'espèce parce qu'à son avis elle porte sur la question des *tests* et non pas sur celle de l'*utilité*. Ainsi, l'absence de tests confirmant l'utilité potentielle de certains composés n'a pas été jugée fatale (du fait que les résultats pouvaient être prédits valablement) dans l'arrêt *Monsanto* même et dans l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555. Dans ces affaires, la règle a été appliquée pour permettre aux inventeurs d'inférer de l'utilité d'une invention prouvée l'utilité de composés chimiques équivalents. « Aussi », de conclure le juge de première instance, « c'est à tort qu'on invoque la [règle] de la prédiction valable lorsque la véritable cause d'invalidité est non pas l'inutilité, mais l'insuffisance des tests » (par. 99).

68 Par contre, la Cour d'appel a estimé que la règle de la prédiction valable était inutilement stricte. Le juge Sexton, à l'opinion duquel le juge Rothstein a expressément souscrit sur ce point, a affirmé ceci, au par. 50 :

> D'après moi, la décision de notre Cour dans l'affaire *Ciba-Geigy* consacre la proposition selon laquelle même si une invention constitue une spéculation à la date de priorité revendiquée dans le brevet, le brevet ne sera pas invalide si cette spéculation se révèle valide à l'époque de la contestation du brevet.

69 En toute déférence, j'estime que le législateur a voulu obtenir plus que des spéculations en échange du monopole que confère un brevet (question qui sera approfondie plus loin). Par ailleurs, je ne crois pas, en toute déférence, que la règle de la prédiction valable ait seulement la portée étroite que lui a attribuée le juge de première instance. Dès qu'on reconnaît que, dans des circonstances appropriées, il est possible de prédire l'utilité avant d'avoir effectué des tests complets (sur des composés chimiques ou d'autres composés non testés), il semble n'y avoir, en principe, aucune raison de ne pas appliquer la règle de façon plus générale, compte tenu évidemment de la preuve d'expert. Il n'y a pas de doute

prediction is not diluted to include a lucky guess or mere speculation. The public is entitled to obtain a solid teaching in exchange for the patent rights.

qu'il faut se garder d'appliquer la règle de la prédiction valable de manière abusive et de la diluer au point d'inclure les vœux pieux ou les simples spéculations. La population a droit à un solide enseignement en contrepartie des droits conférés par un brevet.

5. The Requirements of the Doctrine of "Sound Prediction"

70 The doctrine of sound prediction has three components. Firstly, as here, there must be a factual basis for the prediction. In *Monsanto* and *Burton Parsons*, the factual basis was supplied by the tested compounds, but other factual underpinnings, depending on the nature of the invention, may suffice. Secondly, the inventor must have at the date of the patent application an articulable and "sound" line of reasoning from which the desired result can be inferred from the factual basis. In *Monsanto* and *Burton Parsons*, the line of reasoning was grounded in the known "architecture of chemical compounds" (*Monsanto*, at p. 1119), but other lines of reasoning, again depending on the subject matter, may be legitimate. Thirdly, there must be proper disclosure. Normally, it is sufficient if the specification provides a full, clear and exact description of the nature of the invention and the manner in which it can be practised: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 167. It is generally not necessary for an inventor to provide a theory of *why* the invention works. Practical readers merely want to know that it does work and how to work it. In this sort of case, however, the sound prediction is to some extent the *quid pro quo* the applicant offers in exchange for the patent monopoly. Precise disclosure requirements in this regard do not arise for decision in this case because both the underlying facts (the test data) and the line of reasoning (the chain terminator effect) were in fact disclosed, and disclosure in this respect did not become an issue between the parties. I therefore say no more about it.

5. Les exigences de la règle de la « prédiction valable »

La règle de la prédiction valable comporte trois éléments. Premièrement, comme c'est le cas en l'espèce, la prédiction doit avoir un fondement factuel. Dans les arrêts *Monsanto* et *Burton Parsons*, les composés testés constituaient le fondement factuel, mais d'autres faits peuvent suffire selon la nature de l'invention. Deuxièmement, à la date de la demande de brevet, l'inventeur doit avoir un raisonnement clair et « valable » qui permette d'inférer du fondement factuel le résultat souhaité. Dans les arrêts *Monsanto* et *Burton Parsons*, le raisonnement reposait sur la connaissance de l'« architecture des composés chimiques » (*Monsanto*, p. 1119), mais là encore, d'autres raisonnements peuvent être légitimes selon l'objet de l'invention. Troisièmement, il doit y avoir divulgation suffisante. Normalement, la divulgation est suffisante si le mémoire descriptif explique d'une manière complète, claire et exacte la nature de l'invention et la façon de la mettre en pratique : H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4e éd. 1969), p. 167. En général, il n'est pas nécessaire que l'inventeur fournisse une explication théorique de la *raison pour laquelle* l'invention fonctionne. Le lecteur pragmatique est uniquement intéressé de savoir que l'invention fonctionne et comment la mettre en pratique. Dans ce type d'affaire, toutefois, la prédiction valable est, jusqu'à un certain point, la contrepartie que le demandeur offre pour le monopole conféré par le brevet. Il n'y a pas lieu en l'espèce de se prononcer sur la divulgation particulière requise à ce sujet, parce que les faits sous-jacents (les données résultant des tests) et le raisonnement (l'effet bloquant sur l'élongation de la chaîne) étaient effectivement divulgués et que cette divulgation n'est pas devenue un sujet de controverse entre les parties. En conséquence, je ne m'y attarderai pas davantage.

It bears repetition that the soundness (or otherwise) of the prediction is a question of fact. Evidence must be led about what was known or not known at the priority date, as was done here. Each case will turn on the particularities of the discipline to which it relates. In this case, the findings of fact necessary for the application of "sound prediction" were made and the appellants have not, in my view, demonstrated any overriding or palpable error.

On March 1, 1985, Glaxo/Wellcome received from the NIH the key results of the *in vitro* test of AZT against the HIV in a human cell line. This, taken together with Glaxo/Wellcome's own data on AZT, including the mouse tests, provided a factual foundation. Glaxo/Wellcome's knowledge of the mechanism by which a retrovirus reproduces, and the "chain terminator effect" of AZT, as disclosed in the patent, was found by the trial judge to provide a line of reasoning by which utility could be established as of the date of the U.K. patent application, March 16, 1985, which is also the priority date by which the invention must be evaluated for purposes of the Canadian patent. Although "sound prediction" was not the precise approach followed by the trial judge, his reasoning as well as his ultimate ruling is entirely consistent with its application.

6. The Trial Judge's Key Findings

The trial judge upheld the claim in suit on the following bases:

> (i) Glaxo/Wellcome had information regarding toxicity, pharmacokinetics and the pharmacology of AZT in an internal document called the "Wise-Burchall report" dated December 12, 1984 (paras. 116 and 177), as well as some preliminary testing on HeLa Alpha-DNA polymerase (para. 118).

Il vaut la peine de répéter que la question de savoir si la prédiction est valable est une question de fait. Il faut présenter, comme on l'a fait en l'espèce, une preuve de ce qui était connu ou inconnu à la date de priorité. Tout dépendra, dans chaque cas, des particularités de la discipline en cause. En l'espèce, les conclusions de fait nécessaires à l'application de la règle de la « prédiction valable » ont été tirées et j'estime que les appelantes n'ont pas démontré l'existence d'une erreur dominante ou manifeste. 71

Le 1er mars 1985, Glaxo/Wellcome a reçu du NIH les résultats cruciaux des tests *in vitro* effectués sur l'AZT pour en vérifier l'action sur le VIH dans une lignée cellulaire humaine. Ces résultats, conjugués aux données que Glaxo/Wellcome avait elle-même obtenues au sujet de l'AZT, grâce notamment aux tests effectués sur des souris, constituaient un fondement factuel. Le juge de première instance a estimé que la connaissance qu'avait Glaxo/Wellcome du mécanisme de reproduction d'un rétrovirus et de l'« effet bloquant [de l'AZT] sur l'élongation de la chaîne », divulgués dans le brevet, fournissait le raisonnement nécessaire pour établir l'utilité de l'invention à la date de la demande de brevet britannique, soit le 16 mars 1985, qui est également la date de priorité à utiliser afin d'évaluer l'invention pour les besoins du brevet canadien. Même si le juge de première instance n'a pas exactement appliqué la règle de la « prédiction valable », son raisonnement et la décision qu'il a rendue en définitive concordent parfaitement avec l'application de cette règle. 72

6. Les conclusions fondamentales du juge de première instance

Le juge de première instance a confirmé la validité de la revendication en cause pour les motifs suivants : 73

> (i) Glaxo/Wellcome disposait de renseignements concernant les paramètres toxicologiques, pharmacocinétiques et pharmacologiques de l'AZT, compilés dans un document interne daté du 12 décembre 1984 et connu sous le nom de « rapport Wise-Burchall » (par. 116 et 177). Elle disposait également des résultats de certains tests préliminaires effectués sur l'alpha-ADN polymérase de la cellule humaine HeLa (par. 118).

(ii) Glaxo/Wellcome's experience with other nucleoside analogues suggested that it was likely that AZT would be absorbed by oral administration making it potentially suitable for prolonged therapy (para. 177).

(iii) It was known by Glaxo/Wellcome in 1984 that:

> 1) Compounds of the class of nucleoside analogues could act as chain terminators in reactions involving DNA polymerase;
>
> 2) The inhibition of HIV-I reverse transcriptase would prevent the reverse transcription of the viral genome from RNA into DNA and would thus prevent integration of the viral genome into the genome of the host;
>
> 3) Both MLV and HIV were retroviruses; and
>
> 4) Glaxo knew that AZT would inhibit the replication of [two strains of retrovirus in mouse cells] in November-December 1984. [para. 249]

(iv) On receipt of the *in vitro* data from the NIH in February 1985, Glaxo/Wellcome knew that AZT inhibits the replication of HIV in a human cell line, albeit through *in vitro* rather than through *in vivo* testing. The trial judge found that "'in vitro' tests may be adequate when the art would accept this as appropriately correlated with 'in vivo' utility in humans. As such, 'in vitro' tests involving human cells may be sufficient if coupled with other evidence, for example, success with other nucleoside analogues, studies or assays that allowed one to determine whether the drug produces little or no toxicity even in relatively high doses" (para. 179).

(v) In the trial judge's view, "these results, considered cumulatively, in conjunction with all of the evidence adduced and considered in this trial, moves the invention out of the sphere

(ii) L'expérience que Glaxo/Wellcome avait d'autres analogues nucléosidiques indiquait que l'AZT serait probablement administré par voie buccale, de sorte qu'il pourrait se prêter à une thérapie prolongée (par. 177).

(iii) En 1984, Glaxo/Wellcome savait que

> 1) les composés de la catégorie des analogues nucléosidiques pouvaient bloquer l'élongation de la chaîne dans des réactions mettant en cause l'ADN polymérase;
>
> 2) l'inhibition de la transcriptase inverse du VIH-I prévenait la rétrotranscription du génome viral de l'ARN à l'ADN et prévenait ainsi l'intégration du génome du virus dans le génome de l'hôte;
>
> 3) le MLV et le VIH étaient tous deux des rétrovirus;
>
> 4) Glaxo savait en novembre-décembre 1984 que l'AZT pouvait inhiber la réplication [de deux souches de rétrovirus dans des cellules de souris]. [par. 249]

(iv) Dès qu'elle eut reçu, en février 1985, les résultats des tests *in vitro* effectués par le NIH, Glaxo/Wellcome savait que l'AZT inhibe la réplication du VIH dans une lignée cellulaire humaine, même si les tests avaient été effectués *in vitro* plutôt qu'*in vivo*. Le juge de première instance a tiré la conclusion suivante : « les tests in vitro peuvent convenir lorsque, dans le domaine en cause, ils sont acceptés comme présentant une corrélation suffisante avec l'utilité in vivo chez l'homme. À ce titre, les tests in vitro portant sur des cellules humaines peuvent suffire si leurs résultats sont jumelés à d'autres données, par exemple à des résultats positifs obtenus avec d'autres analogues nucléosidiques dans des études ou dans des épreuves permettant de déterminer si le médicament présente une toxicité faible ou nulle même à des doses relativement élevées » (par. 179).

(v) Selon le juge de première instance, « ajoutés à tous les éléments de preuve présentés et examinés dans la présente instance, ces résultats font passer l'invention de la sphère de la

of belief and into the realm of the inventors having deduced the complete invention" (para. 185).

At para. 186 of his judgment, the trial judge said that "[a]ccordingly, as of March 16, 1985, I find that the patent satisfied, subject to obviousness, the requirements of s. 2 of the Act and does not exceed the invention claimed. The idea, hypothesis or theory had, at this time, been reduced to a definite and practical shape".

These conclusions support a finding of sound prediction. The trial judge has found that the inventors possessed and disclosed in the patent both the factual data on which to base a prediction, and a line of reasoning (chain terminator effect) to enable them to make a sound prediction at the time they applied for the patent.

Not all predictions, even sound ones, turn out to be correct. If the Glaxo/Wellcome prediction had subsequently been shown to be wrong, the patent would have been invalidated for want of utility. But, as Pigeon J. remarked in *Monsanto*, *supra*, at p. 1116, commenting on *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] S.C.R. 950, "while the substances without utility had not been tested, the true cause of the invalidity was the fact that they were without utility, not that they had not been tested before the patent was applied for".

The appellants take issue with the trial judge's conclusion. In their factum (though not in oral argument), they argue that utility must be demonstrated by prior human clinical trials establishing toxicity, metabolic features, bioavailability and other factors. These factors track the requirements of the Minister of Health when dealing with a new drug submission to assess its "safety" and "effectiveness". See now: *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, s. C.08.002(2), as amended by SOR/95-411, s. 4(2), which provides in part:

croyance à la sphère de l'invention complète » (par. 185).

74 Le juge de première instance fait l'affirmation suivante, au par. 186 de son jugement : « Par conséquent, je conclus qu'au 16 mars 1985 les revendications répondaient, sous réserve du critère de l'évidence, aux exigences de l'art. 2 de la Loi et qu'elles n'allaient pas au-delà de l'invention alléguée. L'idée, l'hypothèse ou la théorie avait, à cette date, pris une forme définie et pratique ».

75 Ces constatations étayent une conclusion de prédiction valable. Le juge de première instance a décidé que les inventeurs possédaient et divulguaient dans le brevet les données factuelles sur lesquelles pouvait reposer une prédiction et le raisonnement (l'effet bloquant sur l'élongation de la chaîne) leur permettant de faire une prédiction valable au moment où ils ont déposé leur demande de brevet.

76 Les prédictions, même celles qui sont valables, ne se révèlent pas toutes exactes. Si la prédiction de Glaxo/Wellcome s'était, par la suite, révélée erronée, le brevet aurait été invalidé pour défaut d'utilité. Mais comme le juge Pigeon l'a fait remarquer dans l'arrêt *Monsanto*, précité, p. 1116, au sujet de l'arrêt *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc c. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] R.C.S. 950, « bien que les substances inutiles n'aient pas été testées, le véritable motif de la non-validité était qu'elles étaient inutiles, non qu'elles n'avaient pas été testées avant le dépôt de la demande de brevet ».

77 Les appelantes contestent la conclusion du juge de première instance. Dans leur mémoire (mais non dans leur plaidoirie), elles allèguent que l'utilité doit être démontrée au moyen d'essais cliniques préalables sur des êtres humains, établissant la toxicité, les caractéristiques métaboliques, la biodisponibilité et d'autres éléments. Ces facteurs sont conformes à ce que la présentation d'une drogue nouvelle doit comporter pour que le ministre de la Santé puisse en évaluer l'« innocuité » et l'« efficacité ». Voir maintenant le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, par. C.08.002(2), modifié par DORS/95-411, par. 4(2), qui prévoit notamment :

A new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug . . . .

The prerequisites of proof for a manufacturer who wishes to market a new drug are directed to a different purpose than patent law. The former deals with safety and effectiveness. The latter looks at utility, but in the context of inventiveness. The doctrine of sound prediction, in its nature, presupposes that further work remains to be done.

C. *Glaxo/Wellcome's After-the-Fact Validation Theory*

78 Glaxo/Wellcome contends that because AZT turned out to have both treatment and (limited) prophylactic properties, its prediction must necessarily have been sound, and the patent upheld on that basis. This argument presupposes that the critical date to establish utility is the state of knowledge when the patent is attacked, even though the attack may come years after its issuance, rather than as of the date the patent application is filed. The patent in this case was applied for in 1986, and issued in 1988. The trial did not occur until 1997, almost a decade after the grant of the AZT patent in Canada.

79 The "after-the-fact" validation theory was accepted by the Federal Court of Appeal, at para. 51:

In other words, so long as an inventor can demonstrate utility or a sound prediction at the time a patent is attacked, the patent will not fail for lack of utility. The time at which usefulness is to be established is when required by the Commissioner of Patents or in court proceedings when the validity of the patent is challenged on that ground.

80 In my view, with respect, Glaxo/Wellcome's proposition is consistent neither with the Act (which does not postpone the requirement of utility to the vagaries of when such proof might actually be

La présentation de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle . . .

Les conditions préalables en matière de preuve que doit remplir le fabricant qui souhaite commercialiser une drogue nouvelle visent un objectif différent de celui visé par le droit des brevets. Dans le premier cas, on parle d'innocuité et d'efficacité alors que, dans le deuxième cas, il est question d'utilité, mais dans le contexte de l'inventivité. De par sa nature, la règle de la prédiction valable présuppose l'existence d'autres travaux à accomplir.

C. *La théorie de la validation après coup soumise par Glaxo/Wellcome*

Glaxo/Wellcome soutient que, parce qu'il s'est avéré par la suite que l'AZT avait des propriétés thérapeutiques et prophylactiques (limitées dans ce dernier cas), sa prédiction était forcément valable, et elle ajoute qu'il y a lieu de confirmer la validité du brevet pour ce motif. Cet argument présuppose que, pour établir l'utilité de l'invention, il faut vérifier l'état des connaissances à la date déterminante qui est celle à laquelle le brevet est contesté — même s'il peut arriver qu'il soit contesté plusieurs années après sa délivrance — et non celle à laquelle la demande de brevet est déposée. En l'espèce, la demande de brevet a été déposée en 1986 et le brevet a été délivré en 1988. Le procès n'a eu lieu qu'en 1997, soit presque une décennie après la délivrance du brevet canadien pour l'AZT.

La Cour d'appel fédérale a accepté la théorie de la validation « après coup », au par. 51 :

En d'autres termes, tant qu'un inventeur peut démontrer l'utilité ou une prédiction valable à l'époque où le brevet est contesté, le brevet ne sera pas invalidé pour défaut d'utilité. L'utilité doit être établie au moment où le commissaire des brevets exige qu'elle soit démontrée ou, dans le cadre de procédures judiciaires, quand la validité du brevet est contestée pour ce motif.

En toute déférence, j'estime que l'argument de Glaxo/Wellcome n'est conforme ni à la Loi (où la preuve de l'utilité requise n'est pas différée aléatoirement au moment où cette preuve pourrait être

demanded) nor with patent policy (which does not encourage the stockpiling of useless or misleading patent disclosures). Were the law to be otherwise, major pharmaceutical corporations could (subject to cost considerations) patent whole stables of chemical compounds for all sorts of desirable but unrealized purposes in a shot-gun approach hoping that, as in a lottery, a certain percentage of compounds will serendipitously turn out to be useful for the purposes claimed. Such a patent system would reward deep pockets and the ingenuity of patent agents rather than the ingenuity of true inventors.

exigée) ni à la politique en matière de brevets (qui ne consiste pas à encourager l'accumulation de divulgations inutiles ou trompeuses). Si l'état du droit était différent, les grandes sociétés pharmaceutiques pourraient (sous réserve de considérations relatives aux coûts) adopter une approche tous azimuts en faisant breveter une multitude de composés chimiques à toutes sortes de fins souhaitables mais non réalisées, dans l'espoir que, comme à la loterie, un certain pourcentage des composés s'avéreront, par un heureux hasard, utiles aux fins revendiquées. Un tel système de brevets récompenserait la capacité de payer ainsi que l'ingéniosité des agents de brevets plutôt que celle des véritables inventeurs.

The Federal Court of Appeal was concerned that patents based on "instinct and intuition (and) gut reaction" might be invalidated in a case where the ignorance that passed at the time for "sound prediction" turned out to be wrong and the inventor eventually vindicated. An example was given of a hypothetical patent on the Wright brothers' airplane. Perhaps all the "experts" thought it would not fly, but it did. Would it not be illogical, it was asked, to invalidate a hypothetical patent for a heavier-than-air flying machine because scientific opinion in the pre-flight era was wrong? 81

La Cour d'appel fédérale s'inquiétait de la possibilité éventuelle que des brevets fondés sur des « réactions instinctives et intuitives [combinées à des] réactions viscérales » soient invalidés dans un cas où l'ignorance considérée, à l'époque, comme une « prédiction valable » se révèle erronée et où on donne finalement raison à l'inventeur. La cour a cité l'exemple d'un brevet hypothétique pour l'aéroplane des frères Wright. Les « experts » croyaient peut-être tous que l'aéroplane ne volerait pas, mais il a volé. N'aurait-il pas été illogique, s'est-on demandé, d'invalider un brevet hypothétique pour une machine volante plus lourde que l'air, sur la foi d'une opinion scientifique erronée ayant cours à l'époque où les machines volantes n'existaient pas?

The hypothetical Wright brothers patent relates to a new and useful product, rather than (as here) to a new *use* for an old product, but all the same it illustrates, I think, the flaw in the Glaxo/Wellcome argument. The mere idea of a "heavier-than-air flying machine" is no more patentable than would be "*anything* that grows hair on bald men" (emphasis in original): *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 32. The patent (even in this improbable scenario) would have to teach precisely *how* the machine could be made to fly. Section 34(1)(*b*) of the *Patent Act* requires the applicant to set out in the specification "the method of constructing, making . . . or using a machine . . . in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art . . . to make, construct . . . or use it". This means the 82

Le brevet hypothétique des frères Wright a trait à un produit nouveau et utile, plutôt qu'à une nouvelle *utilisation* d'un produit déjà connu (comme c'est le cas en l'espèce), mais il illustre quand même, selon moi, la faille que comporte l'argument de Glaxo/Wellcome. La seule idée d'une « machine volante plus lourde que l'air » n'est pas plus brevetable que ne le serait « *n'importe quel moyen* » « de faire repousser les cheveux d'un homme atteint de calvitie » (en italique dans l'original) : *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, par. 32. Le brevet (même dans ce cas improbable) devrait préciser *comment* on a réussi à faire voler la machine. L'alinéa 34(1)*b*) de la *Loi sur les brevets* oblige le demandeur à exposer, dans le mémoire descriptif, « le mode de construction, de confection [. . .] ou

Wright brothers' hypothetical patent would have to describe, amongst other things, how to design an air foil that creates "lift" by reducing the air pressure on the upper surface of the wing as the air rushes over it, as well as a suitable airborne method of forward locomotion. If the essentials of the heavier-than-air flying machine were set out with sufficient precision to allow the reader actually to make a flying machine that flies, it is hard to accept the "hypothetical" that experts would continue to insist, after it had flown, that the prediction was unsound. (Of course, if the prediction turned out to be wrong, the patent would be struck down for inutility. Leonardo da Vinci's elegant drawings showed exactly how to make a "bird man" machine but it never could, would or did sustain a person in flight.)

d'utilisation d'une machine [. . .] dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art [. . .] de confectionner, construire [. . .] ou utiliser l'objet de l'invention ». Cela signifie que le brevet hypothétique des frères Wright devrait décrire, notamment, comment concevoir un plan de sustentation qui crée une « portance » en réduisant la pression de l'air sur la surface supérieure de l'aile au moment où l'air frappe l'aile, ainsi qu'un mode adéquat de locomotion aérienne. Si les éléments essentiels de la machine volante plus lourde que l'air étaient exposés avec assez de précision pour que le lecteur puisse fabriquer une machine capable de voler, il serait difficile de retenir l'« hypothèse » selon laquelle, une fois que la machine aurait volé, les experts continueraient de prétendre que la prédiction n'était pas valable. (Bien sûr, si la prédiction se révélait erronée, le brevet serait invalidé pour cause d'inutilité. Les dessins splendides de Léonard de Vinci indiquaient exactement comment fabriquer une machine de type « homme oiseau », mais cette machine n'a jamais permis, et n'aurait jamais pu permettre, à l'être humain de voler.)

83 On the other hand, if the patent failed to disclose the essentials of a heavier-than-air flying machine, such that no one could "soundly predict" whether or not the ill-defined thing could get off the ground, then the patent would be rightly invalidated, even though the inventors had eventually flown some sort of machine in the meantime. It goes back to the same point. The public is entitled to accurate and meaningful teaching in exchange for suffering the patent monopoly. The patent claims must be supported by the disclosure. Speculation, even if it afterwards proves justified, does not provide valid consideration. As Lord Mustill pointed out in *Genentech Inc.'s Patent*, [1989] R.P.C. 147 (Eng. C.A.), at p. 275:

> Many years ago, an inventor could not have patented a heavier-than-air flying machine simply by writing down the concept, but equally the fact that the concept was capable of being written down in advance could not, in itself, exclude the rights of a person who had actually made one fly.

Par ailleurs, si le brevet ne divulguait pas les éléments essentiels d'une machine volante plus lourde que l'air, de sorte que personne ne serait en mesure de « prédire valablement » que cet objet mal défini pourra ou ne pourra pas quitter le sol, le brevet serait alors invalidé à juste titre, même si, entre-temps, les inventeurs avaient réussi à faire voler une machine quelconque. On revient au même point. La population a droit à un enseignement exact et utile en contrepartie du monopole que lui impose le brevet. Les revendications du brevet doivent être étayées par la divulgation. Les spéculations, même si elles s'avèrent justifiées après coup, ne constituent pas une contrepartie valable. Comme l'a souligné lord Mustill dans l'arrêt *Genentech Inc.'s Patent*, [1989] R.P.C. 147 (C.A. Angl.), p. 275 :

> [TRADUCTION] Il y a de nombreuses années, un inventeur n'aurait pas pu faire breveter une machine volante plus lourde que l'air en couchant simplement l'idée sur papier, mais, de la même façon, le fait que l'idée pouvait être couchée d'avance sur papier ne permettait pas, en soi, d'exclure les droits d'une personne qui avait vraiment réussi à faire voler une telle machine.

The Federal Court of Appeal claimed support for its position in a statement by Thurlow C.J. in *Ciba-Geigy*, *supra*, at p. 77:

. . . if indeed what is in the patent specification was mere speculation or prediction, the speculation or prediction having turned out to be true, ought to be considered to have been well founded at the time it was made. Even at the time it was made it is not improbable that it would have been considered well founded.

It is unfortunate that Thurlow C.J. speaks of "speculation or prediction" in the same breath without distinguishing between the two concepts. The two sentences, standing alone, give some support to the position taken in this case by the Federal Court of Appeal. However, the two sentences do not stand alone. Thurlow C.J. purported to be applying *Monsanto*, *supra*, and in the passage from *Monsanto* that he quotes Pigeon J. says (at p. 1119) it is central to the analysis that he is dealing with

a matter which is not of speculation but of exact science. We are no longer in the days when the architecture of chemical compounds was a mystery. [Emphasis added.]

The point of Pigeon J.'s reasons is that a wide gulf separates speculation from "exact science" and it is the latter that may (or may not, depending on the expert evidence) permit sound prediction. Moreover, on the facts of *Ciba-Geigy* itself, Thurlow C.J. says, as quoted above, that "[e]ven at the time it was made it is not improbable [i.e., it is probable] that it [the invention] would have been considered well founded [i.e., a sound prediction]". In the broader context of the *Patent Act*, as well, there is good reason to reject the proposition that bare speculation, even if it afterwards turns out to be correct, is sufficient. An applicant does not merit a patent on an almost-invention, where the public receives only a promise that a hypothesis might later prove useful; this would permit, and encourage, applicants to put placeholders on intriguing ideas to wait for the science to catch up and make it so. The patentee would enjoy the property right of excluding others from making, selling, using or improving that

84

La Cour d'appel fédérale a évoqué, à l'appui de son point de vue, les propos suivants du juge en chef Thurlow dans l'arrêt *Ciba-Geigy*, précité, par. 7 :

. . . si ce qu'indique le mémoire descriptif du brevet était une simple spéculation ou une prédiction, il faut conclure, une fois que la spéculation ou la prédiction ont été confirmées, qu'elles étaient bien fondées au moment où elles ont été faites. Même au moment où elles ont été faites, il est probable qu'elles aient pu être considérées comme bien fondées.

Il est malheureux que le juge en chef Thurlow parle du même souffle de « spéculation ou prédiction » sans faire la différence entre ces deux notions. Les deux phrases, sorties de leur contexte, étayent dans une certaine mesure le point de vue que la Cour d'appel fédérale a adopté en l'espèce. Cependant, ces deux phrases sont situées dans un contexte. Le juge en chef Thurlow prétendait appliquer l'arrêt *Monsanto*, précité, et dans le passage qu'il tire de cet arrêt, le juge Pigeon souligne, à la p. 1119, l'importance primordiale, pour les besoins de l'analyse, du fait qu'il traite

[d']un domaine qui n'en est pas un de spéculation mais de science exacte. Nous ne sommes plus à l'époque où l'architecture des composés chimiques était un mystère. [Je souligne.]

Là où le juge Pigeon veut en venir dans ses motifs, c'est qu'il existe un large écart entre la spéculation et la « science exacte », et que seule cette dernière peut permettre (ou non selon la preuve d'expert) de faire une prédiction valable. En outre, compte tenu des faits de l'arrêt *Ciba-Geigy* lui-même, le juge en chef Thurlow affirme, comme nous l'avons vu, que « [m]ême au moment où elles ont été faites, il est probable [que les spéculations] aient pu être considérées comme bien fondées [c'est-à-dire comme étant une prédiction valable] ». Dans le contexte général de la *Loi sur les brevets*, il existe également une bonne raison de rejeter la proposition selon laquelle la simple spéculation est suffisante, même lorsque cette spéculation s'avère exacte par la suite. Le demandeur ne mérite pas un brevet pour une quasi-invention, dans le cas où la population obtient seulement une promesse selon laquelle une hypothèse pourrait s'avérer ultérieurement utile; cela aurait pour effet d'autoriser et d'inciter les

idea without the public's having derived anything useful in return.

85 Accordingly, to the extent *Ciba-Geigy* stands for a contrary position, I do not think it should be followed.

D. *Did Glaxo/Wellcome Claim More Than It Had Invented?*

86 The appellants argue that even if Glaxo/Wellcome can squeeze over the inventorship hurdle with respect to the *treatment* properties of AZT, there is nothing in the record on which to base a prediction, sound or otherwise, that AZT possessed *prophylactic* properties. The appellants point out that, generally speaking, treatment deals with an infection already acquired, whereas prophylaxis refers to prevention of getting the disease in the first instance.

87 Glaxo/Wellcome claims that not only was its prediction sound at the time it was made, but also that it has since been demonstrated in practice. Specifically, as stated, it was established some years after issuance of the patent that AZT can be effective in preventing the transmission of HIV from a pregnant woman to her foetus (and is thus arguably prophylactic for the foetus), and that health care workers who have been pricked by infected needles ("needle-stick") acquire a measure of protection against HIV infection. These particular applications were not disclosed in the patent and were, it appears, unknown to Glaxo/Wellcome on March 16, 1985. (The appellants deny that these are instances of "prophylaxis". They say these are both instances of post-infection treatment.) Interestingly, while the U.K. patent for AZT claimed both treatment and prophylactic properties, the U.S. AZT patent, which was the focus of the U.S. litigation on which Glaxo/Wellcome relies to support the validity of its patent, refers only to treatment.

demandeurs de brevet à réserver des idées intéressantes et à attendre que la science soit suffisamment avancée pour qu'elles puissent être réalisées. Le titulaire du brevet aurait alors un droit de propriété l'autorisant à empêcher autrui de fabriquer, vendre, exploiter ou améliorer cette idée, sans que la population bénéficie de quelque contrepartie utile.

Par conséquent, j'estime qu'il n'y a pas lieu de suivre l'arrêt *Ciba-Geigy* dans la mesure où il préconise un point de vue contraire.

D. *La revendication de Glaxo/Wellcome excédait-elle la portée de son invention?*

Les appelantes soutiennent que, même si Glaxo/Wellcome parvient à surmonter l'obstacle de la paternité de l'invention en ce qui concerne les propriétés *thérapeutiques* de l'AZT, rien dans le dossier ne permettait de prédire, valablement ou non, que l'AZT avait des propriétés *prophylactiques*. Les appelantes soulignent qu'en général le traitement concerne une infection déjà contractée, alors que la prophylaxie concerne, au départ, la prévention de la maladie.

Glaxo/Wellcome allègue que, non seulement sa prédiction était valable au moment où elle a été faite, mais encore que son exactitude a, depuis, été démontrée concrètement. Plus précisément, comme nous l'avons vu, il a été établi, quelques années après la délivrance du brevet, que l'AZT peut empêcher une femme enceinte de transmettre le VIH à son fœtus (et qu'il comporte ainsi, pourrait-on prétendre, des propriétés prophylactiques pour le fœtus), et qu'il offre une certaine protection contre l'infection au VIH aux travailleurs de la santé piqués par des aiguilles infectées. Ces applications particulières n'ont pas été divulguées dans le brevet et elles étaient, semble-t-il, inconnues de Glaxo/Wellcome le 16 mars 1985. (Les appelantes nient qu'il s'agisse d'exemples de « prophylaxie ». Selon elles, ce sont deux exemples de traitement d'infection.) Fait intéressant, le brevet délivré pour l'AZT au Royaume-Uni faisait état de propriétés thérapeutiques et de propriétés prophylactiques, alors que le brevet américain pour l'AZT — qui, aux États-Unis, a fait l'objet du litige que Glaxo/Wellcome invoque à l'appui de la validité de son brevet — ne parle que de traitement.

While the appellants' argument has some linguistic attraction, it puts too much weight on a supposed "bright line" distinction between treatment and prophylaxis. Dictionaries tend to include prophylaxis as an aspect of treatment:

Oxford English Dictionary (2nd ed. 1989), vol. XII, at p. 644

Med. The preventive treatment of disease. . . .

Black's Medical Dictionary (39th ed. 1999), at p. 446

Treatment or action adopted with the view of warding off disease.

In *Butterworths Medical Dictionary* (2nd ed. 1978), at p. 1385, the following definitions (amongst others) are given:

Clinical prophylaxis. The prevention of the development of signs and symptoms of the disease without necessarily eradicating the causal factor, e.g. in malaria, by schizonticidal drugs.

Drug prophylaxis. The administration of drugs as protection against infection, in particular malarial infection.

Gametocidal prophylaxis. The administration of drugs in order to kill malarial gametocytes in individuals.

See also *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (27th ed. 1988), at p. 1365.

If "prophylactic" treatment of malaria may postdate the initial infection, it would seem appropriate that prophylaxis can also include "prevention of the development of signs and symptoms of the disease [AIDS] without necessarily eradicating the causal factor [HIV]".

The patent itself includes some information described as "Preventing Infection by AIDV", which refers to an experiment which showed "decreased infection" of cells in the presence of AZT. The

Même si l'argument des appelantes présente un certain intérêt sur le plan linguistique, il met trop l'accent sur la ligne de démarcation « très nette » qui existerait entre le traitement et la prophylaxie. Les dictionnaires ont tendance à considérer la prophylaxie comme un aspect du traitement : 88

Oxford English Dictionary (2e éd. 1989), vol. XII, p. 644

[TRADUCTION] *Méd.* Traitement préventif d'une maladie . . .

Black's Medical Dictionary (39e éd. 1999), p. 446

[TRADUCTION] Traitement ou mesure visant à prévenir une maladie.

Dans le *Butterworths Medical Dictionary* (2e éd. 1978), p. 1385, figurent notamment les définitions suivantes :

[TRADUCTION]

Prophylaxie clinique (*clinical prophylaxis*). Prévention de l'apparition des signes et des symptômes de la maladie sans nécessairement éradiquer le facteur causal, par exemple, dans le cas du paludisme, au moyen de schizonticides.

Prophylaxie par médicament (*drug prophylaxis*). Administration de médicaments à titre de mesure préventive contre une infection, notamment le paludisme.

Prophylaxie par gamétocytocide (*gametocidal prophylaxis*). Administration de médicaments destinée à détruire les gamétocytes paludéens chez les individus.

Voir également le *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* (27e éd. 1988), p. 1365.

S'il est possible que le traitement « prophylactique » du paludisme retarde l'infection initiale, il semblerait approprié d'affirmer que la prophylaxie peut également comprendre la « prévention de l'apparition des signes et des symptômes de la maladie [sida] sans nécessairement éradiquer le facteur causal [VIH] ». 89

Le brevet lui-même contient, sous la rubrique [TRADUCTION] « Prévention de l'infection au VIH », des renseignements concernant une expérience qui a permis de constater une « diminution 90

patent then discloses (as earlier mentioned) the mechanism by which AZT prevents "the development of signs and symptoms" of AIDS (and is thus prophylactic to AIDS), namely as a "chain terminator" which inhibits HIV reverse transcriptase:

> . . . it is the triphosphate form of 3'-azido-3'-deoxythymidine which is believed to be the effective chain terminator in the reverse transcription of AIDV, as evidenced by its effect on avian myeloblastosis virus and Moloney murine leukaemia virus. This form also inhibits AIDV reverse transcriptase in vitro whilst having a negligible effect on human DNA polymerase activity. [Emphasis added.]

91 HIV offers an incubation period in which the virus is present but vulnerable to attack. It is this specific feature that was targeted by the "chain termination" effect known and disclosed by Glaxo/Wellcome at the time of the patent application, and which afforded the basis for its prediction that AZT had prophylactic properties. In these circumstances, I do not think the appellants have demonstrated any palpable and overriding error with respect to this finding by the trial judge.

92 There is another reason why I think we should not be too quick to overrule the conclusion that prophylactic benefits were soundly predicted. The appellants seek to place Glaxo/Wellcome in a "catch-22" situation. If Glaxo/Wellcome had not specifically claimed prophylactic properties, the appellants could have sought to obtain their own patent on the basis of claiming "hitherto unrecognized [prophylactic] properties" (relying on *Shell Oil*, *supra*, at p. 549), thereby undercutting Glaxo/Wellcome's market for treatment, and leaving Glaxo/Wellcome to try to salvage their patent position by arguing that the prophylactic properties were already implicit (or "obvious") in their own patent as aspects of treatment. If the appellants could lawfully get their AZT to market allegedly for prophylaxis, with or without their own patent, the generic version of AZT would likely be used by cost-conscious health providers in place of the more expensive Glaxo/Wellcome

du nombre de cellules infectées » en présence de l'AZT. Le brevet divulgue ensuite (comme nous l'avons vu) le mécanisme par lequel l'AZT prévient [TRADUCTION] « l'apparition des signes et des symptômes » du sida (et est donc prophylactique à l'égard du sida), notamment en « bloquant l'élongation de la chaîne » et en inhibant la transcriptase inverse du VIH :

> [TRADUCTION] . . . on croit que c'est sous la forme triphosphate que la 3'-azido-3'-désoxythymidine parvient à bloquer l'élongation de la chaîne dans le processus de rétrotranscription du VIH, comme en témoigne l'effet observé sur le virus de la myéloblastose aviaire et le virus de la leucémie murine de Moloney. Sous cette forme, elle inhibe également la transcriptase inverse du VIH in vitro, tout en ayant un effet négligeable sur l'activité de l'ADN polymérase humaine. [Je souligne.]

Le VIH comporte une période d'incubation pendant laquelle le virus est présent mais vulnérable. C'est cette caractéristique particulière que ciblait l'effet « bloquant sur l'élongation de la chaîne », que Glaxo/Wellcome connaissait et qu'elle a divulgué au moment de la demande de brevet, et qui a servi de fondement à sa prédiction que l'AZT aurait des propriétés prophylactiques. Dans ces circonstances, j'estime que les appelantes n'ont pas démontré que cette conclusion du juge de première instance était entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Une autre raison m'incite à croire que nous ne devrions pas écarter trop rapidement la conclusion que l'on avait prédit valablement les avantages prophylactiques. Les appelantes cherchent à entraîner Glaxo/Wellcome dans une impasse. Si Glaxo/Wellcome n'avait pas expressément revendiqué des propriétés prophylactiques, les appelantes auraient pu tenter d'obtenir leur propre brevet en revendiquant des « propriétés [prophylactiques] jusqu'alors inconnues » (en invoquant l'arrêt *Shell Oil*, précité, p. 549), et en réduisant, par le fait même, le marché du traitement dont dispose Glaxo/Wellcome. Cette dernière n'aurait alors eu d'autre choix que de tenter de maintenir ses acquis relativement à son brevet en faisant valoir que les propriétés prophylactiques étaient déjà implicites (ou « évidentes ») dans son propre brevet en tant qu'aspects du traitement. Si les appelantes arrivaient légalement à commercialiser leur AZT à des fins dites prophylactiques, avec ou

AZT for all aspects of HIV/AIDS treatment at all stages, thus undercutting the commercial value of the Glaxo/Wellcome patent. On the other hand, Glaxo/Wellcome having sought to protect itself from this scenario by claiming prophylactic benefits, the appellants now adopt the opposite strategy and seek to invalidate the entire patent on the ground that the claim to prophylaxis is invalid because it exceeds the invention, and its "covetousness" wipes out all of the combined "treatment and prophylaxis" claims, thereby wiping out the commercial value of the patent. As long ago as *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, Dickson J. (as he then was) subscribed to the view, at p. 521, that a "patent should be approached 'with a judicial anxiety to support a really useful invention'".

sans leur propre brevet, les fournisseurs de soins de santé soucieux des coûts utiliseraient probablement la version générique de l'AZT, au lieu de l'AZT beaucoup plus coûteux de Glaxo/Wellcome, pour traiter le VIH/sida sous toutes ses facettes et à toutes les étapes de son développement, ce qui entraînerait une diminution de la valeur commerciale du brevet de Glaxo/Wellcome. Par ailleurs, étant donné que Glaxo/Wellcome a tenté de se protéger en revendiquant des avantages prophylactiques, les appelantes adoptent maintenant la stratégie contraire et tentent de faire invalider le brevet en entier en faisant valoir que la revendication relative à la prophylaxie est invalide parce qu'elle excède la portée de l'invention, et que ses « visées ambitieuses » contribuent à invalider entièrement la combinaison de revendications relatives au « traitement et à la prophylaxie » et, de ce fait, à dépouiller le brevet de sa valeur commerciale. Déjà dans l'arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 521, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souscrivait à l'opinion selon laquelle « on devrait aborder le brevet "avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile" ».

In the particular circumstances of this case, I think Glaxo/Wellcome's prediction that the "chain terminator" effect disclosed in the patent specification had prophylactic as well as post-infection treatment application was sound. The Commissioner so ruled, and his decision to allow both treatment and prophylaxis was upheld in the courts below. The onus was on the appellants to show that the patent is invalid, not on Glaxo/Wellcome to show that it is valid. I agree with the trial judge and the Federal Court of Appeal that the appellants have not discharged this onus.

93 Compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire, je juge valable la prédiction de Glaxo/Wellcome selon laquelle l'effet « bloquant sur l'élongation de la chaîne », divulgué dans le mémoire descriptif du brevet, aurait une application en matière de prophylaxie et de traitement de l'infection contractée. Le commissaire en a décidé ainsi et les tribunaux d'instance inférieure ont confirmé sa décision d'accepter à la fois les revendications concernant le traitement et celles concernant la prophylaxie. Il incombait aux appelantes d'établir l'invalidité du brevet, et non à Glaxo/Wellcome d'en établir la validité. Je suis d'accord avec le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale pour dire que les appelantes ne se sont pas acquittées de ce fardeau.

E. *Did Glaxo/Wellcome Wrongly Exclude the NIH from Co-inventorship?*

E. *Glaxo/Wellcome a-t-elle eu tort de ne pas attribuer également au NIH la paternité de l'invention?*

The appellants contend that Drs. Broder and Mitsuya were "co-inventors" and ought to have been so identified in the patent. For this argument

94 Les appelantes soutiennent que les D[rs] Broder et Mitsuya étaient des « coïnventeurs » et qu'ils auraient dû être désignés comme tels dans le brevet.

to benefit the appellants (as opposed to Drs. Broder and Mitsuya), they must further establish that this omission was a "material" misstatement that was "wilfully made for the purpose of misleading". If so, the patent would be void pursuant to s. 53(1) of the *Patent Act*.

95 Inventors come in all shapes and sizes. As long ago as 1831, the *London Journal of Arts and Sciences* commented (with gender assumptions no doubt common at the time):

> Useful inventors are of three classes; the first are men of genius, capable of producing important inventions that involve the entire projecting of new machines, or remodelling of existing ones, and the organization of new or complicated processes and systems of working. These are very few.
>
> The second are men who have not so extensive a scope of imagination and intellect as to project new systems or great changes, and to organize the means of effecting them, but who are capable of making marked improvements upon existing systems and machinery, or partial changes in them. This class is considerable.
>
> The third class is made up of men of small imagination, who are not capable of any great originality of thought, but who have a certain ingenuity which they can apply to the things that come within the range of their observation, and possess a tact for correctly and accurately executing that which they conceive.
>
> . . . Happily this class is immense, being spread thickly over the whole body of mechanics, from the manufacturer and engineer down to the lowest workman. Such men constitute expert mechanicians, who are never at a loss for expedients for overcoming the practical difficulties of detail that occur in their business, and are perpetually making trifling inventions which they require for immediate application.

(Quoted in *Godson on Patents* (2nd ed. 1851), at pp. 33-34.)

96 Inventorship is not defined in the Act, and it must therefore be inferred from various sections. From the definition of "invention" in s. 2, for example, we infer that the inventor is the person or persons who conceived of the "new and useful" art, process, machine, manufacture or composition of matter, or

Pour que cet argument joue en faveur des appelantes (par opposition aux D[rs] Broder et Mitsuya), celles-ci doivent en outre établir que cette omission constituait une déclaration inexacte « importante » qui était « volontairement faite pour induire en erreur ». Si tel était le cas, le brevet serait nul conformément au par. 53(1) de la *Loi sur les brevets*.

Il existe toutes sortes d'inventeurs. Dès 1831, le *London Journal of Arts and Sciences* faisait remarquer (en postulant le genre masculin, conformément sans doute à la pratique courante de l'époque) :

> [TRADUCTION] Les inventeurs utiles se divisent en trois catégories : les premiers sont des génies capables de produire des inventions importantes comportant la conception complète de nouvelles machines ou la modification de machines existantes, ainsi que l'organisation de processus et des systèmes de fonctionnement nouveaux ou complexes. Ces hommes sont très rares.
>
> Les seconds sont des hommes qui n'ont pas l'imagination et l'intelligence suffisantes pour concevoir des nouveaux systèmes ou des modifications majeures et pour agencer les moyens de les réaliser, mais qui sont capables d'apporter des améliorations sensibles ou des modifications partielles à des machines et à des systèmes existants. Ils forment une catégorie très importante.
>
> La troisième catégorie est composée d'hommes qui n'ont pas beaucoup d'imagination et d'originalité de pensée, mais qui démontrent une certaine ingéniosité qu'ils peuvent appliquer aux choses qu'il viennent à observer, et qui possèdent la dextérité nécessaire pour réaliser correctement et exactement ce qu'ils conçoivent.
>
> . . . Heureusement, cette catégorie est très vaste et regroupe l'ensemble des gens œuvrant dans le domaine de la mécanique — du fabricant et de l'ingénieur jusqu'au simple travailleur. Ces hommes sont des experts en mécanique qui ne sont jamais à court de moyens pour résoudre les moindres problèmes concrets qui surviennent dans le cadre de leurs activités et qui inventent constamment ces petits riens dont ils ont besoin dans l'immédiat.

(Cité dans *Godson on Patents* (2[e] éd. 1851), p. 33-34.)

L'expression « paternité de l'invention » n'est pas définie dans la Loi, et sa définition doit, par conséquent, être inférée de divers articles. Par exemple, la définition du mot « invention », à l'art. 2, nous permet d'inférer que l'inventeur est la personne ou les personnes qui ont conçu la réalisation, le

any "new and useful" improvement thereto. The ultimate question must therefore be: who is responsible for the inventive concept?

Section 34(1) requires that at least at the time the patent application is filed, the specification "correctly and fully describe the invention . . . to enable any person skilled in the art or science to which it appertains . . . to . . . use it". It is therefore not enough to have a good idea (or, as was said in *Christiani*, *supra*, at p. 454, "for a man to say that an idea floated through his brain"); the ingenious idea must be "reduced . . . to a definite and practical shape" (*ibid.*). Of course, in the steps leading from conception to patentability, the inventor(s) may utilize the services of others, who may be highly skilled, but those others will not be co-inventors unless they participated in the conception as opposed to its verification. As Jenkins J. notes in *May & Baker Ltd. v. Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255 (Ch. D.), at p. 281, the requisite "useful qualities" of an invention, "must be the inventor's own discovery as opposed to mere verification by him of previous predictions".

More recently, in *Henry Brothers (Magherafelt) Ltd. v. Ministry of Defence and the Northern Ireland Office*, [1997] R.P.C. 693 (Pat. Ct.), in response to a submission that an invention could be divided into contributed elements and patents awarded accordingly, Jacob J. stated, at p. 706:

> I do not think it is right to divide up the claim for an invention which consists of a combination of elements and then to seek to identify who contributed which element. I think the inquiry is more fundamental than that. One must seek to identify who in substance made the combination. Who was responsible for the inventive concept, namely the combination? [Emphasis added.]

procédé, la machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, « présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Par conséquent, la question qu'il faut se poser en définitive est la suivante : Qui est l'auteur de l'idée originale?

97 Aux termes du par. 34(1), il faut à tout le moins qu'au moment du dépôt de la demande de brevet, le mémoire descriptif « décri[ve] d'une façon exacte et complète l'invention [. . .] qui permett[e] à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention [. . .] [d']utiliser l'objet de l'invention ». Il ne suffit donc pas d'avoir une bonne idée (ou, pour reprendre l'expression utilisée dans l'arrêt *Christiani*, précité, p. 454, [TRADUCTION] « de dire qu'une idée nous est venue à l'esprit »); cette idée lumineuse doit prendre « une forme définie et pratique » (*ibid.*). Il va sans dire que, dans l'intervalle qui sépare la conception et la brevetabilité, l'inventeur peut avoir recours aux services d'autres personnes qui peuvent être très compétentes, mais ces autres personnes ne seront des coïnventeurs que si elles ont participé à la conception de l'invention plutôt qu'à sa vérification. Comme le juge Jenkins le fait remarquer dans l'affaire *May & Baker Ltd. c. Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255 (Ch. D.), p. 281, la [TRADUCTION] « découverte des qualités utiles », que doit avoir une invention, [TRADUCTION] « doit être faite par l'inventeur, par opposition à la simple vérification par ce dernier de prédictions antérieures ».

98 Plus récemment, dans la décision *Henry Brothers (Magherafelt) Ltd. c. Ministry of Defence and the Northern Ireland Office*, [1997] R.P.C. 693 (Pat. Ct.), le juge Jacob a répondu de la manière suivante à l'argument voulant qu'une invention puisse être divisée en contributions et en brevets délivrés en conséquence (à la p. 706) :

> [TRADUCTION] Je ne crois pas qu'on ait raison de diviser la revendication d'une invention qui est une combinaison d'éléments, pour ensuite tenter d'identifier l'auteur de chaque contribution. J'estime qu'il faut se poser une question plus fondamentale. On doit chercher à déterminer qui a essentiellement effectué la combinaison. Qui est l'auteur de l'idée originale, à savoir la combinaison? [Je souligne.]

99 The distinction between conception and verification is consistent with the Canadian authorities, including Fox, *supra*, at p. 225; *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1942] Ex. C.R. 87, at p. 97; *Ernest Scragg & Sons Ltd.*, *supra*, at pp. 676-77; H. Fisher and R. S. Smart, *Canadian Patent Law and Practice* (1914), at pp. 27-29. The line is perhaps blurred in *Gerrard Wire Tying Machines Co. of Canada v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] Ex. C.R. 170, where the U.S. text *Walker on Patents* is quoted at p. 186:

> Nor is a patent to joint inventors invalidated by the fact that one of them only first perceived the crude form of the elements and the possibility of their adaptation to complete the result desired. In fact the conception of the entire device may be attributed to one, but if the other makes suggestions of practical value, which assist in working out the main idea and making it operative, or contributes an independent part of the entire invention which helps to create the whole, he is a joint inventor even though his contribution be of minor importance.

To the extent this suggests that an individual who contributes to the inventive concept may be a co-inventor without being the prime originator, I agree with it. To the extent, however, that it can be read to include as inventors those who help the invention to completion, but whose ingenuity is directed to verification rather than the original inventive concept, I respectfully, for the reasons already given, disagree.

100 Wetston J. concluded at para. 224 that "the utility as claimed was not established without the extensive and direct involvement of the NIH." This is true, but it is not, with respect, the test. If Glaxo/Wellcome had soundly predicted that AZT could cure nausea in the weightlessness of space, it might require NASA and all its rocket ship expertise to "establish" the utility, but NASA would not on that account become a co-inventor.

101 It is clear that Drs. Broder and Mitsuya at the NIH were instrumental in providing crucial

La distinction entre la conception et la vérification est compatible avec la doctrine et la jurisprudence canadiennes, notamment Fox, *op. cit.*, p. 225; *Kellogg Co. c. Kellogg*, [1942] R.C. de l'É. 87, p. 97; *Ernest Scragg & Sons Ltd.*, précité, p. 676-677; H. Fisher et R. S. Smart, *Canadian Patent Law and Practice* (1914), p. 27-29. La ligne de démarcation n'est peut-être pas claire dans la décision *Gerrard Wire Tying Machines Co. of Canada c. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170, où on cite l'ouvrage américain *Walker on Patents*, à la p. 186 :

> [TRADUCTION] Un brevet délivré à des coïnventeurs n'est pas non plus invalidé par le fait que l'un d'eux seulement a perçu au départ la forme rudimentaire des éléments et la possibilité de les adapter pour atteindre le résultat souhaité. En fait, la conception du dispositif dans son entier peut être l'œuvre d'un seul, mais si l'autre fait des suggestions valables sur le plan pratique qui aident à réaliser l'idée principale ou à la mettre à exécution, ou s'il apporte à l'ensemble de l'invention une contribution indépendante qui aide à réaliser le tout, il est un coïnventeur même si sa contribution est peu importante.

Je souscrit à cet extrait dans la mesure où il laisse entendre qu'un individu qui aide à réaliser l'idée originale peut être un coïnventeur sans être le principal auteur de cette idée. Toutefois, dans la mesure où il peut être interprété comme englobant parmi les inventeurs ceux qui aident à compléter l'invention, mais qui consacrent leur ingéniosité à la vérification plutôt qu'à la réalisation de l'idée originale, je ne puis, en toute déférence, y souscrire pour les motifs déjà exposés.

Le juge Wetston a conclu, au par. 224, que « l'utilité revendiquée n'a pu être confirmée sans la participation importante et directe [du] NIH. » C'est exact, mais en toute déférence, il ne s'agit pas là du critère applicable. Si Glaxo/Wellcome avait prédit valablement que l'AZT pourrait guérir la nausée résultant de l'état d'apesanteur dans l'espace, elle aurait peut-être besoin de la NASA et de tous ses experts de l'aérospatiale pour « établir » l'utilité du médicament, ce qui ne ferait pas pour autant de la NASA un coïnventeur.

Il est évident que les D^rs^ Broder et Mitsuya du NIH ont contribué à fournir la preuve cruciale dont

evidence on which the "sound prediction" of AZT's utility depended, but they were not responsible for the inventive concept. They carried out their investigation using extraordinary skill and expertise but, in my view, their blind test of a chemical compound whose existence they had not identified, and with which (unlike Glaxo/Wellcome) they apparently had no prior experience, did not require them to be listed as co-inventors.

dépendait la « prédiction valable » de l'utilité de l'AZT. Cependant, ils n'étaient pas les auteurs de l'idée originale. Ils ont effectué leur enquête en faisant preuve d'une compétence et d'une expertise extraordinaires, mais, à mon avis, le fait qu'ils aient effectué des tests en aveugle sur un composé chimique qu'ils n'avaient pas découvert et que, contrairement à Glaxo/Wellcome, ils n'avaient apparemment jamais expérimenté, n'exigeait pas qu'ils soient désignés comme étant des coïnventeurs.

There is no question that the ATH8 cell line developed by Drs. Broder and Mitsuya at NIH was original and offered a testing environment that Glaxo/Wellcome could not duplicate in-house. For this achievement they obtained a patent, as mentioned earlier. But the patentees of an invention for testing do not, by virtue of executing tests using that invention, become co-inventors of every sound idea that is so tested.

102 Nul doute que la lignée cellulaire ATH8 conçue par les D^rs^ Broder et Mitsuya du NIH était originale et qu'elle offrait un cadre d'essais que Glaxo/Wellcome ne pouvait pas reproduire dans ses locaux. Comme nous l'avons vu, ceux-ci ont obtenu un brevet pour cette réalisation. Cependant, les titulaires d'un brevet pour une invention utile pour effectuer des tests ne deviennent pas, en raison des tests qu'ils ont effectués au moyen de cette invention, des coïnventeurs de chaque idée valable ainsi testée.

Drs. Broder and Mitsuya did not conceive of the utility of AZT for the treatment and prophylaxis of HIV, although they were engaged in a massive search for such a drug. As stated earlier, they initially thought that the coded drug sent by Glaxo/Wellcome was suramin, a compound of longstanding interest to the NIH in its HIV research, but a drug that performed poorly in humans. The trial judge said that "[t]he work that Dr. Broder and Dr. Mitsuya were doing with suramin, at the NIH, situated them uniquely to this research" (para. 202), but that, it seems to me, shows the weakness of their claim. The NIH had one of the best testing facilities in the world but they had not been able, to that point, to identify an effective chemical compound to counter HIV. Their five-star candidate, suramin, turned out to be a disappointment.

103 Les D^rs^ Broder et Mitsuya ne sont pas à l'origine de l'idée que l'AZT pourrait être utile au traitement et à la prophylaxie du VIH, bien qu'ils aient participé aux recherches de grande envergure consacrées à la découverte d'un tel médicament. Comme nous l'avons vu, ils ont tout d'abord cru que le médicament codé envoyé par Glaxo/Wellcome était de la suramine, composé auquel le NIH s'intéressait depuis longtemps dans le cadre de ses recherches sur le VIH, mais qui agissait peu sur l'être humain. Le juge de première instance a affirmé que « [l]e travail que les D^rs^ Broder et Mitsuya effectuaient sur la suramine [au] NIH en faisait des candidats tout désignés pour cette recherche » (par. 202), mais cette affirmation, me semble-t-il, démontre la faiblesse de leur prétention. Le NIH disposait de l'un des meilleurs laboratoires d'essais au monde mais, jusqu'alors, il n'avait pas été en mesure de découvrir un composé chimique permettant de contrer le VIH. Leur candidate cinq-étoiles, la suramine, s'était révélée décevante.

The Court of Appeal referred specifically to Dr. Mitsuya's testimony that in 1984 and 1985, he thought that dideoxynucleosides, of which AZT is a

104 La Cour d'appel a mentionné expressément le témoignage du D^r^ Mitsuya selon lequel, en 1984 et 1985, il croyait que les didésoxynucléosides, dont

member, "was likely to be harmful to human cells" (para. 38, note 33) and thus "too toxic to be used in the treatment of human diseases" (para. 38). The success of AZT, accordingly, must have come as a surprise.

105 It is easy to sympathize with the frustration felt by Drs. Broder and Mitsuya, who felt it necessary, together with NIH colleagues, to send a rather bitter letter to *The New York Times* on September 20, 1989, complaining about what they took to be Glaxo/Wellcome's ingratitude for the immense NIH contribution:

> In a number of specific ways, government scientists made it possible to take a drug already in the public domain with no medical use and make it a practical reality as a new therapy for AIDS. It is unlikely that any drug company could have found a better partner than the government in the development of a new product. We believe that the development of this drug in the record time of two years, start to finish, would have been impossible without the substantive commitment of government scientists and government technology.

106 In the circumstances, however, I agree with the Federal Court of Appeal that great though the contribution of Drs. Broder and Mitsuya was to the advancement of science, they were not co-inventors of the patent-in-suit.

F. *Materiality of Co-inventorship*

107 The trial judge concluded that Drs. Broder and Mitsuya were co-inventors, but that failure to include them in the patent was not a material misrepresentation that would invalidate the patent. In reaching this conclusion, he referred to the observation of Addy J. in *Procter & Gamble Co. v. Bristol-Myers Canada Ltd.* (1978), 39 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.), at p. 157, that "it is really immaterial to the public whether the applicant is the inventor or one of two joint inventors as this does not got [*sic*] to the term or to the substance of the invention nor even to the entitlement" (aff'd (1979), 42 C.P.R. (2d) 33 (F.C.A.)). At an earlier date, Thurlow J. had suggested in *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14 (Ex. Ct.), at p. 74, rev'd

fait partie l'AZT, [TRADUCTION] « étaient probablement nocifs pour les cellules humaines » (par. 38, note 33) et donc « trop toxiques pour être utilisés dans le traitement de maladies humaines » (par. 38). Par conséquent, le succès de l'AZT doit l'avoir étonné.

Il est facile de comprendre la frustration ressentie par les D^rs^ Broder et Mitsuya qui, avec leurs collègues du NIH, ont jugé nécessaire d'envoyer au *New York Times*, le 20 septembre 1989, une lettre plutôt amère dans laquelle ils se plaignaient de l'ingratitude dont Glaxo/Wellcome avait fait preuve à l'égard de l'immense contribution du NIH :

> [TRADUCTION] Les scientifiques du gouvernement ont, de maintes façons, permis qu'un médicament déjà connu de la population, mais sans utilité médicale, devienne concrètement une nouvelle forme de thérapie contre le sida. Vraisemblablement, aucune société pharmaceutique n'aurait pu trouver un meilleur partenaire que le gouvernement pour mettre au point un nouveau produit. Nous pensons que, du début à la fin, la mise au point de ce médicament dans le délai record de deux ans aurait été impossible sans l'apport significatif des scientifiques et de la technologie du gouvernement.

Cependant, dans les circonstances, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle, aussi importante qu'ait été la contribution des D^rs^ Broder et Mitsuya à l'avancement de la science, ils n'étaient pas des coïnventeurs du brevet en cause.

F. *Importance de la paternité conjointe de l'invention*

Le juge de première instance a conclu que les D^rs^ Broder et Mitsuya étaient des coïnventeurs, mais que l'omission de leur nom dans le brevet ne constituait pas une déclaration inexacte importante qui justifierait l'invalidation du brevet. En tirant de cette conclusion, il a mentionné l'observation du juge Addy dans la décision *Cie Procter & Gamble c. Bristol-Myers Canada Ltd.*, [1978] A.C.F. n^o^ 812 (QL) (1^re^ inst.), par. 37, selon laquelle « le fait que le demandeur soit l'inventeur ou l'un des deux coïnventeurs est sans conséquence pour le public, puisque ce fait ne touche ni la durée ni le fond du brevet ni même le fait d'y avoir droit » (conf. par (1979), 42 C.P.R. (2d) 33 (C.A.F.)). Plus tôt, dans la décision *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.* (1970),

(on other grounds) [1974] S.C.R. 1336 (*sub nom. Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.*), that "allegations in the petition respecting anything other than the subject-matter of the claims in the patent as granted are not material".

The appellants argue that, while as Addy J. says, it may be that the identity of the inventor is immaterial to the public in most instances, this is not necessarily true in all cases. Here, for example, the issue of "entitlement" to the rewards of the AZT patent has created a significant public controversy. There were arguably important public policy ramifications to the issue of co-inventorship because of the contrasting mandates, objectives and funding sources of the institutions involved, in particular the NIH and the Glaxo/Wellcome corporate group. If indeed the NIH researchers had been "co-inventors", and the NIH or the U.S. government had therefore held an ownership interest in the patent, there potentially could have been a significant effect on both the access to and the cost of the drug AZT across the world.

There is no need to consider the issue of materiality further in this case however, not only because of the conclusion that Drs. Broder and Mitsuya were not in fact co-inventors in this case, but also because there is no evidence whatsoever that the omission to name them was "wilfully made for the purpose of misleading", as required by the concluding words of s. 53(1).

V. Conclusion

I would dismiss the appeals with one set of costs to the respondents on a party and party basis, payable jointly and severally by the appellants.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Apotex Inc.: Goodmans, Toronto.

64 C.P.R. 14 (C. de l'É.), p. 74 (inf. pour d'autres motifs par [1974] R.C.S. 1336 (*sub nom. Sandoz Patents Ltd. c. Gilcross Ltd.*)), le juge Thurlow avait indiqué que « [l]es allégations de la pétition sur toute matière autre que l'objet des revendications dans le brevet accordé ne sont pas importantes ».

108 Les appelantes soutiennent que, même si, comme l'a affirmé le juge Addy, l'identité de l'inventeur n'est peut-être pas importante pour la population dans la plupart des cas, ce n'est pas nécessairement vrai dans tous les cas. En l'espèce, par exemple, la question du « droit » aux récompenses du brevet pour l'AZT est à l'origine d'une importante controverse au sein de la population. La question de la paternité conjointe de l'invention aurait eu des répercussions importantes en matière de politique générale en raison des mandats, objectifs et sources de financement très différents des établissements concernés, en particulier le NIH et l'organisation Glaxo/Wellcome. Si les chercheurs du NIH avaient vraiment été des « coïnventeurs », et que le NIH ou le gouvernement américain avait par conséquent détenu un droit de propriété sur le brevet, cela aurait pu avoir une incidence importante sur l'accès au médicament AZT à travers le monde et sur son coût.

109 Cependant, il n'est pas nécessaire d'examiner davantage la question de l'importance en l'espèce, non seulement à cause de la conclusion que les D^rs^ Broder et Mitsuya n'étaient pas, en fait, des coïnventeurs, mais encore parce qu'il n'existe aucune preuve que l'omission de les désigner a été « volontairement faite pour induire en erreur », comme l'exigent les derniers mots du par. 53(1).

V. Conclusion

110 Je suis d'avis de rejeter les pourvois en accordant aux intimés un seul mémoire de dépens entre parties, payable conjointement et solidairement par les appelantes.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante Apotex Inc. : Goodmans, Toronto.

Solicitors for the appellant Novopharm Ltd.: Hitchman & Sprigings, Toronto.

Solicitors for the respondents Wellcome Foundation Ltd. and Glaxo Wellcome Inc.: Ogilvy, Renault, Ottawa.

Procureurs de l'appelante Novopharm Ltd. : Hitchman & Sprigings, Toronto.

Procureurs des intimés Wellcome Foundation Ltd. et Glaxo Wellcome Inc. : Ogilvy, Renault, Ottawa.

Hughes Communications Inc. *Appellant*

v.

Spar Aerospace Limited *Respondent*

and between

Viacom Inc. (formerly "Westinghouse Electric Corporation") *Appellant*

v.

Spar Aerospace Limited *Respondent*

and between

Motient Corporation (formerly "American Mobile Satellite Corporation") *Appellant*

v.

Spar Aerospace Limited *Respondent*

and between

Adaptative Broadband Corporation (formerly "Satellite Transmissions Systems Inc.") *Appellant*

v.

Spar Aerospace Limited *Respondent*

Hughes Communications Inc. *Appelante*

c.

Spar Aerospace Limitée *Intimée*

et entre

Viacom Inc. (autrefois « Westinghouse Electric Corporation ») *Appelante*

c.

Spar Aerospace Limitée *Intimée*

et entre

Motient Corporation (autrefois « American Mobile Satellite Corporation ») *Appelante*

c.

Spar Aerospace Limitée *Intimée*

et entre

Adaptative Broadband Corporation (autrefois « Satellite Transmissions Systems Inc. ») *Appelante*

c.

Spar Aerospace Limitée *Intimée*

INDEXED AS: SPAR AEROSPACE LTD. *v.* AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP.

Neutral citation: 2002 SCC 78.

File No.: 28070.

Hearing and judgment: June 11, 2002.

Reasons delivered: December 6, 2002.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

RÉPERTORIÉ : SPAR AEROSPACE LTÉE *c.* AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP.

Référence neutre : 2002 CSC 78.

N° du greffe : 28070.

Audition et jugement : 11 juin 2002.

Motifs déposés : 6 décembre 2002.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Conflict of laws — Jurisdiction of Quebec courts — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — Whether Quebec courts can assert jurisdiction — Whether damage to plaintiff's reputation meets "damage" ground under art. 3148(3) C.C.Q. — Whether such damage constitutes "injurious act" within meaning of art. 3148(3) — Whether "real and substantial connection" requirement must be satisfied in determining jurisdiction of Quebec courts.

Conflict of laws — Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — If Quebec courts have jurisdiction, whether jurisdiction should be declined on basis of doctrine of forum non conveniens pursuant to art. 3135 C.C.Q.

The appellant and respondent companies are involved in various aspects of the manufacture and operation of satellites. One of the appellants, M, entered into a contract with HA for the construction of a satellite. HA entered into a subcontract with the respondent for the manufacture of the communication payload of the satellite at its Ste-Anne-de-Bellevue facility in the province of Quebec. The satellite was launched into orbit and the in-orbit testing that followed was successful and M accepted the spacecraft. M then contracted with three American companies, who are the other appellants, to conduct ground station testing and to monitor and control the satellite's performance. During the testing, serious damage was caused to the satellite and HA refused to pay the respondent performance incentive payments provided for in the subcontract. The respondent commenced an action in Quebec alleging that signals from the ground station to the satellite pushed the latter into overdrive, causing severe damage. It claimed loss of performance incentives, loss of future profits caused by loss of reputation and expenses incurred in investigating the damages to the satellite. The respondent's head office is located in Ontario and all the appellants are domiciled in the U.S. where the alleged negligence occurred. The appellants brought declinatory motions challenging the jurisdiction of the Quebec courts, pursuant to art. 163 of the *Code of Civil Procedure* ("*C.C.P.*") and art. 3148 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"). In addition, two of them sought to have the action dismissed on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* pursuant to art. 3135 *C.C.Q.* The

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts — Action de la demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Les tribunaux du Québec peuvent-ils se déclarer compétents? — L'atteinte portée à la réputation de la demanderesse satisfait-elle à l'exigence relative au « préjudice » de l'art. 3148(3) C.c.Q.? — L'atteinte à la réputation constitue-t-elle un « fait dommageable » au sens de l'art. 3148(3)? — L'exigence d'un « lien réel et substantiel » doit-elle être remplie pour déterminer la compétence des tribunaux québécois?

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts — Action de la demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Même si les tribunaux québécois sont compétents, devraient-ils se déclarer incompétents selon la doctrine du forum non conveniens conformément à l'art. 3135 C.c.Q.?

Les activités des sociétés appelantes et intimée touchent à différents aspects liés à la fabrication et à l'exploitation de satellites. L'une des appelantes, M, a conclu un contrat avec HA en vue de la construction d'un satellite. HA a sous-traité à l'intimée la fabrication du matériel de communication formant la charge utile au satellite à son établissement à Ste-Anne-de-Bellevue dans la province de Québec. Le satellite a été lancé en orbite. L'essai en orbite qui a suivi a été une réussite et M a accepté l'engin spatial. M a alors engagé trois sociétés américaines, qui sont les autres appelantes, pour faire les essais de station au sol et pour surveiller et contrôler le rendement du satellite. Le satellite a subi de graves dommages pendant l'évaluation et HA a refusé de payer à l'intimée les primes de rendement prévues dans le contrat. L'intimée a intenté une action au Québec, alléguant que les signaux de communication envoyés de la station au satellite avaient provoqué une surcharge, ce qui avait causé de graves dommages. Elle a réclamé des dommages-intérêts pour la perte de primes de rendement, les pertes que l'atteinte portée à sa réputation occasionnera et les dépenses engagées pour faire l'évaluation des dommages causés au satellite. Le siège social de l'intimée est situé en Ontario et toutes les appelantes sont domiciliées aux États-Unis, où a eu lieu la négligence alléguée. Les appelantes ont présenté des requêtes pour exception déclinatoire, contestant la compétence des tribunaux du Québec, selon l'art. 163 du *Code de procédure civile* (« *C.p.c.* ») et l'art. 3148 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). En outre, deux d'entre elles ont sollicité le

Quebec Superior Court dismissed both motions, confirming the jurisdiction of the Quebec courts. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The three principles of comity, order and fairness serve to guide the determination of the principal private international law issues: jurisdiction *simpliciter*, *forum non conveniens*, choice of law, and recognition of foreign judgments. The rules governing the private international law order of Quebec are codified and cover a broad range of interrelated topics, including the jurisdiction of the court and the discretionary powers of the court to eliminate inappropriate fora. They also allow Quebec courts to recognize and enforce foreign decisions. Courts must interpret those rules by first examining the specific wording of the provisions of the *C.C.Q.* and then inquiring whether or not their interpretation is consistent with the principles which underlie the rules. Given that the provisions of the *C.C.Q.* and of the *C.C.P.* do not refer directly to the principles of comity, order and fairness, and that the principles are, at best, vaguely defined, it is important to emphasize that these principles are not binding rules in themselves. Instead, they inspire the interpretation of the various private international law rules and reinforce the interconnected nature of the issues.

Under art. 3148(3) *C.C.Q.*, Quebec courts can assume jurisdiction where (1) a fault was committed in Quebec; (2) damage was suffered in Quebec; (3) an injurious act occurred in Quebec; or (4) one of the obligations arising from a contract was to be performed in Quebec. Here, the respondent made a *prima facie* case that it suffered damage in Quebec. The evidence demonstrated that the operation in the Quebec facility had established its own reputation independently of the national reputation the respondent enjoyed. The evidence also showed that the Quebec facility suffered injuries as a result of the withholding of the incentive payments, even though these were to be made to the corporate headquarters in Toronto. In addition, the subcontract between the respondent and HA for the manufacture of the payload identifies the respondent as being located at Ste-Anne-de-Bellevue, a fact that tends to strengthen its argument that its reputation was in fact associated with its Quebec operation. Taking the facts as alleged, it seems that any damage to reputation suffered by the respondent was suffered by its establishment in the province of Quebec, and not at its corporate offices in Ontario. Further, nothing in the

rejet de l'action en invoquant la doctrine du *forum non conveniens* conformément à l'art. 3135 *C.c.Q.* La Cour supérieure du Québec a rejeté les deux requêtes en confirmant la compétence des tribunaux du Québec. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les trois principes de courtoisie, d'ordre et d'équité servent de guide pour trancher les principales questions de droit international privé : la simple reconnaissance de compétence, le *forum non conveniens*, le choix de la loi applicable et la reconnaissance des jugements étrangers. Les règles qui gouvernent l'ordre du droit international privé au Québec sont codifiées et elles couvrent un vaste éventail de sujets étroitement liés, dont la compétence du tribunal et les pouvoirs discrétionnaires qu'il possède pour l'élimination des tribunaux inappropriés. Les règles en question permettent également aux tribunaux québécois de reconnaître et d'exécuter les décisions étrangères. Les tribunaux doivent interpréter ces règles en examinant d'abord le libellé particulier des dispositions du *C.c.Q.* et ensuite en cherchant à savoir si leur interprétation est compatible avec les principes qui sous-tendent les règles. Comme les dispositions du *C.c.Q.* et du *C.p.c.* ne renvoient pas directement aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et qu'au mieux ces principes y sont vaguement définis, il est important de souligner que ces derniers ne constituent pas des règles contraignantes en soi. Ils servent plutôt de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé et renforcent le lien étroit entre les questions en litige.

Conformément au par. 3148(3) *C.c.Q.*, les tribunaux du Québec peuvent exercer leur compétence quand : (1) une faute a été commise au Québec; (2) un préjudice y a été subi; (3) un fait dommageable s'y est produit; ou (4) l'une des obligations découlant d'un contrat devrait y être exécutée. En l'espèce, l'intimée a établi *prima facie* qu'elle avait subi un préjudice au Québec. La preuve a démontré que l'entreprise exploitée au Québec avait établi sa propre réputation indépendamment de la réputation nationale de l'intimée. La preuve a aussi démontré que l'installation située au Québec a subi un préjudice en raison du refus de verser les primes, même si ces versements devaient être effectués à son siège social à Toronto. En outre, dans le contrat de sous-traitance conclu entre l'intimée et HA pour la fabrication de la charge utile, on décrit l'intimée comme étant située à Ste-Anne-de-Bellevue. Ce fait tend à renforcer son argument selon lequel sa réputation était réellement associée à son entreprise exploitée au Québec. Si les faits tels qu'allégués sont avérés, il semble que toute atteinte à la réputation de l'intimée a été subie à son établissement situé dans la province de Québec, et non à son siège social en Ontario.

wording of art. 3148(3) suggests that only direct damage can be used to link the action to the jurisdiction. Lastly, the nominal amount of damages that the respondent is claiming for loss of reputation is not a concern for the jurisdiction question but may be one of the many factors to be considered in a *forum non conveniens* application. The Superior Court properly found in this case that the damage to the respondent's reputation sufficiently meets the "damage" requirement of art. 3148(3).

The Court of Appeal erred in finding that the damage to reputation allegedly suffered by the respondent at its Quebec operation constituted an "injurious act". In order to interpret "injurious act" in a manner that reflects the development of the rule and that will not render redundant the three other grounds set out in art. 3148(3), it must refer to a damage-causing event that attracts no-fault liability. No such claim is advanced in this case.

The "real and substantial connection" requirement set out in *Morguard* and *Hunt* is not an additional criterion that must be satisfied in determining the jurisdiction of the Quebec courts in this case. First, these cases were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes and their specific findings cannot easily be extended beyond this context. Second, it is apparent from the explicit wording of art. 3148 as well as the other provisions of Book Ten of the *C.C.Q.* that the system of private international law is designed to ensure that there is a "real and substantial connection" between the action and the province of Quebec and to guard against the improper seizing of jurisdiction. It is doubtful that a plaintiff who succeeds in proving one of the four grounds for jurisdiction listed in art. 3148(3) would not be considered to have satisfied the "real and substantial connection" criterion, at least for the purposes of jurisdiction *simpliciter*, given that all of the grounds (fault, injurious act, damage, contract) seem to be examples of situations constituting a real and substantial connection between the province of Quebec and the action.

The doctrine of *forum non conveniens*, as codified at art. 3135 *C.C.Q.*, also serves as an important counterweight to the broad basis for jurisdiction set out in art. 3148. Under art. 3135, a Quebec court which has jurisdiction to hear the dispute may exceptionally decline jurisdiction if it considers that the courts of another country are in a better position to decide. In this case, the

De plus, rien dans le libellé du par. 3148(3) ne donne à penser que seul le préjudice direct peut être utilisé pour rattacher l'action au ressort. En dernier lieu, le montant symbolique des dommages-intérêts que réclame l'intimée pour l'atteinte portée à sa réputation n'a pas à être discuté pour régler la question de la compétence, mais ce montant peut constituer l'un des nombreux facteurs à considérer dans une demande fondée sur le *forum non conveniens*. La Cour supérieure a conclu à bon droit en l'espèce que l'atteinte à la réputation de l'intimée satisfait de manière suffisante à l'exigence relative au « préjudice » du par. 3148(3).

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'atteinte à la réputation dont l'intimée allègue avoir été victime à son entreprise située au Québec constituait un « fait dommageable ». Si l'on veut interpréter le « fait dommageable » d'une manière conforme à l'évolution de la règle et de façon à éviter la redondance des trois autres motifs énoncés au par. 3148(3), celui-ci doit se rapporter à un événement qui, donnant naissance à un préjudice, attire une responsabilité sans faute. Rien de tel n'est invoqué en l'espèce.

L'exigence d'un « lien réel et substantiel » énoncée dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* n'est pas un critère additionnel auquel il faut satisfaire pour déterminer la compétence des tribunaux québécois en l'espèce. Premièrement, ces arrêts ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence interprovinciaux, et leurs conclusions précises ne peuvent facilement déborder de ce contexte. Deuxièmement, il ressort des termes explicites de l'art. 3148 et des autres dispositions du Livre dixième du *C.c.Q.* que ce système de droit international privé vise à assurer la présence d'un « lien réel et substantiel » entre l'action et la province de Québec, et à empêcher l'exercice inapproprié de la compétence du for québécois. Il est douteux que le demandeur qui réussit à faire la preuve de l'un des quatre motifs d'attribution de compétence énumérés au par. 3148(3) ne soit pas considéré comme ayant satisfait au critère du « lien réel et substantiel », du moins aux fins de la simple reconnaissance de compétence, étant donné que tous les motifs énumérés (la faute, le fait dommageable, le préjudice, le contrat) semblent être des exemples de situations qui constituent un lien réel et substantiel entre la province de Québec et l'action.

La doctrine du *forum non conveniens*, telle que codifiée à l'art. 3135 *C.c.Q.*, constitue un contrepoids important à la large assise juridictionnelle prévue à l'art. 3148. En vertu de l'art. 3135, un tribunal québécois compétent à juger un différend peut exceptionnellement refuser d'exercer sa compétence s'il estime que les tribunaux d'un autre pays sont mieux à même de juger l'affaire.

motions judge considered the relevant factors and found that no other jurisdiction was clearly more appropriate than Quebec and that no exceptional exercise of this power was warranted. There is no reason to disturb this decision. Given the exceptional nature of the doctrine as reflected in the wording of art. 3135 and in light of the fact that discretionary decisions are not easily disturbed, the appellants have not established the conditions that would have compelled the Quebec Superior Court to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*.

Cases Cited

Referred to: *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554; *Rosdev Investments Inc. v. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q 966; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91; *M.N.C. Multinational Consultants Inc./ Consultants Multinational inc. v. Dover Corp.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-17-001977-977, April 21, 1998, J.E. 98-1179; *Gestion M.P.F. inc. v. 9024-3247 Québec inc.*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-05-002963-962, July 2, 1997, J.E. 97-1706; *Transport McGill ltée v. N.T.S. inc.*, C.Q. Montréal, No. 500-02-018173-950, November 13, 1995, J.E. 96-166; *Morales Moving and Storage Co. v. Chatigny Bitton*, [1996] R.D.J. 14; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] Q.J. No. 2059 (QL); *Matrox Graphics Inc. v. Ingram Micro Inc.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-066637-016, November 28, 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688; *Consortium de la nutrition ltée v. Aliments Parmalat inc.*, [2001] Q.J. No. 104 (QL); *Encaissement de chèque Montréal ltée v. Softwise inc.*, [1999] Q.J. No. 200 (QL); *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510; *Lamborghini (Canada) Inc. v. Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58; *Barré v. J.J. MacKay Canada ltée*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-17-000355-984, September 28, 1998, J.E. 99-27; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92.

En l'espèce, la juge des requêtes a étudié les facteurs pertinents et a conclu qu'aucune autre juridiction n'était manifestement plus appropriée que le Québec et que l'exercice exceptionnel de ce pouvoir n'était pas justifié. Il n'y a aucune raison d'intervenir dans cette décision. Vu la nature exceptionnelle de la doctrine qui ressort du libellé de l'art. 3135, et compte tenu que les décisions discrétionnaires ne sont pas facilement modifiées, les appelantes n'ont pas établi les conditions qui auraient pu forcer la Cour supérieure du Québec à décliner sa compétence en raison du *forum non conveniens*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554; *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q 966; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, 2001 CSC 91; *M.N.C. Multinational Consultants Inc./Consultants Multinational inc. c. Dover Corp.*, C.S. Montréal, nº 500-17-001977-977, 21 avril 1998, J.E. 98-1179; *Gestion M.P.F. inc. c. 9024-3247 Québec inc.*, C.S. Longueuil, nº 505-05-002963-962, 2 juillet 1997, J.E. 97-1706; *Transport McGill ltée c. N.T.S. inc.*, C.Q. Montréal, nº 500-02-018173-950, 13 novembre 1995, J.E. 96-166; *Morales Moving and Storage Co. c. Chatigny Bitton*, [1996] R.D.J. 14; *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. nº 2059 (QL); *Matrox Graphics Inc. c. Ingram Micro Inc.*, C.S. Montréal, nº 500-05-066637-016, 28 novembre 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688; *Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parmalat inc.*, [2001] J.Q. nº 104 (QL); *Encaissement de chèque Montréal ltée c. Softwise inc.*, [1999] J.Q. nº 200 (QL); *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510; *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58; *Barré c. J.J. MacKay Canada ltée*, C.S. Longueuil, nº 505-17-000355-984, 28 septembre 1998, J.E. 99-27; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3082, 3126, 3135, 3136, 3137, 3139, 3148, 3155, 3164, 3168.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 46, 68, 95, 163.

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50.

1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, September 27, 1968, *Official Journal of the European Communities*, Notice No. 98/C 27/01.

Authors Cited

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*. Toronto: Butterworths, 1980.

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated August 2002, Issue 2).

Cheshire and North's Private International Law, 13th ed. by Sir Peter North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1999.

Davies, D. J. Llewelyn. "The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law", in J. F. Williams and A. D. McNair, eds., *The British Year Book of International Law*, vol. 18. London: Oxford University Press, 1937, p. 49.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.

Glenn, H. Patrick. "Droit international privé", dans *La réforme du Code civil*, vol. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Groffier, Ethel. *La réforme du droit international privé québécois: supplément au Précis de droit international privé québécois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

Morris, J. H. C. *The Conflict of Laws*, 5th ed. by David McClean. London: Sweet & Maxwell, 2000.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.

Loi et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3082, 3126, 3135, 3136, 3137, 3139, 3148, 3155, 3164, 3168.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 46, 68, 95, 163.

Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968, *Journal officiel des Communautés européennes*, numéro d'information 98/C 27/01.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50.

Doctrine citée

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois*. Toronto : Butterworths, 1980.

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto : Butterworths, 2002 (loose-leaf updated August 2002, Issue 2).

Cheshire and North's Private International Law, 13th ed. by Sir Peter North and J. J. Fawcett. London : Butterworths, 1999.

Davies, D. J. Llewelyn. « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law », in J. F. Williams and A. D. McNair, eds., *The British Year Book of International Law*, vol. 18. London : Oxford University Press, 1937, p. 49.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2000.

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.

Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Groffier, Ethel. *La réforme du droit international privé québécois : supplément au Précis de droit international privé québécois*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.

Morris, J. H. C. *The Conflict of Laws*, 5th ed. by David McClean. London : Sweet & Maxwell, 2000.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.

Scoles, Eugene F., et al. *Conflict of Laws*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

Story, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, 1834.

Talpis, Jeffrey A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law*. Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.

Talpis, Jeffrey A., and Shelley L. Kath. "The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point" (2000), 34 *R.J.T.* 761.

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *"If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.

Tetley, William. "Current Developments in Canadian Private International Law" (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 152.

Yntema, Hessel E. "The Comity Doctrine" (1966-67), 65 *Mich. L. Rev.* 1.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.J.Q. 1405, [2000] Q.J. No. 1717 (QL), [2000] Q.J. No. 1781 (QL), [2000] Q.J. No. 1782 (QL), [2000] Q.J. No. 1783 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1999] Q.J. No. 4580 (QL), J.E. 99-2060. Appeal dismissed.

Colin K. Irving and *Catherine McKenzie*, for the appellant Hughes Communications Inc.

Joshua C. Borenstein, for the appellant Viacom Inc.

James A. Woods and *Christian Immer*, for the appellant Motient Corporation.

Jean Bélanger and *Louis Charette*, for the appellant Adaptative Broadband Corporation.

Marc-André Blanchard, for the respondent Spar Aerospace Limited.

Scoles, Eugene F., et al. *Conflict of Laws*, 3rd ed. St. Paul, Minn. : West Group, 2000.

Story, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston : Hilliard, Gray, 1834.

Talpis, Jeffrey A., and Shelley L. Kath. « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point » (2000), 34 *R.J.T.* 761.

Talpis, Jeffrey A., et J.-G. Castel. « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801.

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.

Tetley, William. « Current Developments in Canadian Private International Law » (1999), 78 *R. du B. can.* 152.

Yntema, Hessel E. « The Comity Doctrine » (1966-67), 65 *Mich. L. Rev.* 1.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.J.Q. 1405, [2000] J.Q. n° 1717 (QL), [2000] J.Q. n° 1781 (QL), [2000] J.Q. n° 1782 (QL), [2000] J.Q. n° 1783 (QL), qui ont confirmé une décision de la Cour supérieure, [1999] J.Q. n° 4580 (QL), J.E. 99-2060. Pourvoi rejeté.

Colin K. Irving et *Catherine McKenzie*, pour l'appelante Hughes Communications Inc.

Joshua C. Borenstein, pour l'appelante Viacom Inc.

James A. Woods et *Christian Immer*, pour l'appelante Motient Corporation.

Jean Bélanger et *Louis Charette*, pour l'appelante Adaptative Broadband Corporation.

Marc-André Blanchard, pour l'intimée Spar Aerospace Limitée.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

1 This appeal examines the private international law issues that arise when a business venture between multi-jurisdictional parties meets with a calamitous end, leading to the filing of an extra-contractual action claiming damages in the province of Quebec. Specifically, this case engages a number of preliminary issues to be determined before the merits of the action are considered, including: whether Quebec courts can assert jurisdiction in the matter pursuant to art. 3148 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"); whether there must be a real and substantial connection between the action and the province of Quebec; and whether jurisdiction should be declined on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*, pursuant to art. 3148 *C.C.Q.*

2 On October 4, 1999, Duval Hesler J. of the Quebec Superior Court dismissed the appellants' motions, confirming the jurisdiction of the Quebec courts. The appellants' appeals to the Quebec Court of Appeal were dismissed on May 24, 2000. On June 11, 2002, the appellants' further appeal to this Court was dismissed. These are the reasons following that decision.

II. Facts

3 The appellant and respondent companies are involved in various aspects of the manufacture and operation of satellites. In November 1990, one of the four appellants, Motient Corporation ("Motient", previously conducting business under the name "American Mobile Satellite Corporation"), entered into a contract with Hughes Aircraft Company ("Hughes Aircraft", which is not a party to this litigation) for the construction of a satellite by the latter. On September 3, 1991 (with amendments agreed to on January 8, 1993), Hughes Aircraft entered into a subcontract with the respondent, Spar Aerospace Limited ("Spar"), for the manufacture of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi examine les questions de droit international privé qui se présentent lorsqu'une opération commerciale, entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts, se termine par un désastre, donnant lieu à une action extracontractuelle en dommages-intérêts dans la province de Québec. Plus précisément, cette affaire soulève plusieurs questions préliminaires qu'il faut trancher avant d'examiner le bien-fondé de l'action, notamment : les tribunaux québécois peuvent-ils se déclarer compétents pour entendre l'affaire en vertu de l'art. 3148 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »)?; doit-il exister un lien réel et substantiel entre l'action et la province de Québec?; le tribunal devrait-il se déclarer incompétent selon la doctrine du *forum non conveniens*, conformément à l'art. 3148 *C.c.Q.*?

Le 4 octobre 1999, la juge Duval Hesler de la Cour supérieure du Québec a rejeté les requêtes des appelantes en confirmant la compétence des tribunaux du Québec. Les appels interjetés par les appelantes à la Cour d'appel du Québec ont été rejetés le 24 mai 2000. Le 11 juin 2002, le pourvoi formé devant notre Cour par les appelantes a été rejeté. Les motifs de cette décision sont les suivants.

II. Faits

Les activités des sociétés appelantes et intimée touchent à différents aspects liés à la fabrication et à l'exploitation de satellites. En novembre 1990, l'une des quatre appelantes, Motient Corporation (« Motient », qui, à l'époque, faisait affaires sous le nom de « American Mobile Satellite Corporation »), a conclu un contrat avec Hughes Aircraft Company (« Hughes Aircraft », laquelle n'est pas partie au présent litige). En vertu de cette entente, cette dernière était chargée de la construction d'un satellite. Le 3 septembre 1991 (les parties ayant consenti à des modifications le 8 janvier 1993), Hughes Aircraft a sous-traité à l'intimée,

the communication payload of the satellite at its Ste-Anne-de-Bellevue establishment in the province of Quebec ("Quebec").

The satellite was launched into orbit on April 7, 1995. The in-orbit testing that followed was successful and Motient accepted the spacecraft. Motient then engaged the second appellant, Viacom Inc. ("Viacom", formerly Westinghouse Electric Corporation), to conduct ground station testing with the third appellant, Satellite Transmissions Systems ("STS"). Motient contracted with the fourth appellant, Hughes Communications Inc. ("Hughes Communications"), to monitor and control the satellite's performance. Unfortunately, during the testing, serious damage was caused to the satellite and Hughes Aircraft refused to pay the respondent performance-incentive payments provided for in the subcontract agreement, beyond the initial payment of $148,113.58 made around November 2, 1995.

The respondent commenced an action in Quebec alleging that signals from the ground station to the satellite pushed the latter into overdrive, causing severe damage. The respondent holds the appellants responsible for a number of problems, including: the improper calibration of the transmitting equipment, insufficient wiring, inadequate surveillance, and the lack of a communication system between the ground station in Virginia and Hughes Communications in California. In its lawsuit, the respondent claims $819,657 for loss of performance incentives, $50,000 for loss of future profits caused by loss of reputation and $50,000 for expenses incurred in investigating the damages to the satellite.

The appellants all brought declinatory motions challenging the jurisdiction of the Quebec courts to hear this matter, pursuant to art. 163 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"), and art. 3148 *C.C.Q.* In addition, two of the appellants (Motient and Viacom) sought to have the action dismissed on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* pursuant to art. 3135 *C.C.Q.*

Spar Aerospace Limitée (« Spar »), à son établissement situé à Ste-Anne-de-Bellevue dans la province de Québec (« Québec »), la fabrication du matériel de communications formant la charge utile du satellite.

4 Le satellite a été lancé en orbite le 7 avril 1995. L'essai en orbite qui a suivi a été une réussite et Motient a accepté l'engin spatial. Motient a alors engagé la deuxième appelante, Viacom Inc. (« Viacom », anciennement appelée Westinghouse Electric Corporation), pour faire les essais de station au sol avec la troisième appelante, Satellite Transmissions Systems (« STS »). Motient a conclu un contrat avec la quatrième appelante, Hughes Communications Inc. (« Hughes Communications »), pour surveiller et contrôler le rendement du satellite. Malheureusement, le satellite a subi de graves dommages pendant l'évaluation. Hughes Aircraft a alors refusé de payer à l'intimée les primes de rendement prévues dans le contrat de sous-traitance, au delà du paiement initial de 148 113,58 $ effectué vers le 2 novembre 1995.

5 L'intimée a intenté une action au Québec, alléguant que les signaux de communication envoyés de la station au satellite avaient provoqué une surcharge, ce qui avait causé de graves dommages. L'intimée tient les appelantes responsables de plusieurs problèmes, dont le calibrage erroné des appareils de transmission, le câblage insuffisant, la surveillance inadéquate et l'absence d'un système de communications entre la station au sol en Virginie et Hughes Communications en Californie. Dans sa poursuite, l'intimée réclame 819 657 $ pour la perte des primes de rendement, 50 000 $ pour les pertes que l'atteinte portée à sa réputation occasionnera et 50 000 $ pour les dépenses qu'elle a engagées pour faire l'évaluation des dommages causés au satellite.

6 Les appelantes ont toutes présenté des requêtes pour exception déclinatoire. D'après ces procédures, l'affaire ne relevait pas des tribunaux du Québec selon l'art. 163 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »), et l'art. 3148 *C.c.Q.* En outre, deux des appelantes (Motient et Viacom) ont sollicité le rejet de l'action en invoquant la doctrine du *forum non conveniens*, conformément à l'art. 3135 *C.c.Q.*

7 The challenge to jurisdiction was based on a number of facts. First, the respondent's head office was located in Toronto in the province of Ontario, and none of the appellants have their place of business in Quebec. Motient was located in Virginia, Hughes Communications in California, Viacom in Pennsylvania and STS in New York. Secondly, although none of the appellants are party to the "Fixed Price Subcontract" to manufacture the payload between "Hughes Aircraft Company, El Segundo, California U.S.A. and Spar Aerospace Limited, Ste-Anne-de-Bellevue, Quebec, Canada", this contract is significant as it indicates that it governed by the laws of California (art. 23). Thirdly, the respondent was sued by a number of insurers in relation with the same event before a California court and unsuccessfully challenged its jurisdiction. However, that lawsuit was settled out of court.

La contestation de compétence était fondée sur plusieurs faits. Premièrement, le siège social de l'intimée est situé à Toronto dans la province d'Ontario et aucune des appelantes n'a d'établissement au Québec. Motient est établie en Virginie, Hughes Communications en Californie, Viacom en Pennsylvanie et STS à New York. Deuxièmement, même si aucune des appelantes n'est partie au [TRADUCTION] « contrat de sous-traitance à prix fixe » conclu entre « Hughes Aircraft Company, située à Le Segundo, en Californie (É.-U.) et Spar Aerospace Limitée, située à Ste-Anne-de Bellevue, Québec (Canada) » pour la fabrication de la charge utile, il s'agit d'un contrat important puisqu'il indique qu'il est régi par les lois de la Californie (art. 23). Troisièmement, l'intimée, poursuivie par plusieurs compagnies d'assurance devant un tribunal californien pour le même incident, n'a pas eu gain de cause lorsqu'elle a contesté la compétence de ce tribunal. Toutefois, cette poursuite a fait l'objet d'un règlement hors cour.

III. Statutory Provisions

III. Dispositions législatives pertinentes

8 *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

3135. Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

(1) the defendant has his domicile or his residence in Québec;

(2) the defendant is a legal person, is not domiciled in Québec but has an establishment in Québec, and the dispute relates to its activities in Québec;

(3) a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec;

(4) the parties have by agreement submitted to it all existing or future disputes between themselves arising out of a specified legal relationship;

(5) the defendant submits to its jurisdiction.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

3135. Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

IV. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court*, [1999] Q.J. No. 4580 (QL)

In her reasons dismissing the appellants' motions, Duval Hesler J. first reviewed the legal principles governing the appellants' motions to dismiss the action on the grounds of want of jurisdiction and the doctrine of *forum non conveniens*. She noted that art. 3148 *C.C.Q.* establishes broader jurisdictional criteria than the previous criteria set out in art. 68 *C.C.P.* Under art. 3148 *C.C.Q.*, a Quebec authority has jurisdiction if a plaintiff suffers damage in Quebec, even though the act or omission occurred elsewhere. The onus is on the defendant to prove that the courts do not have jurisdiction. In the present case, Duval Hesler J. found that the Quebec courts can properly assert jurisdiction under art. 3148 *C.C.Q.* as the respondent's pleadings, as well as the discoveries, made it clear that its business in Ste-Anne-de-Bellevue was adversely affected by the alleged events.

Turning to the *forum non conveniens* issue, the motions judge noted that the onus is on the defendant to prove that the doctrine of *forum non conveniens* applies. She also indicated that the application of the doctrine of *forum non conveniens*, codified by art. 3135 *C.C.Q.*, remained exceptional and required a finding that the authorities of another jurisdiction are better positioned to adjudicate the matter at bar. Duval Hesler J. found that no forum clearly stood out as being more appropriate from the facts alleged. Indeed, no consensus among the appellants was reached. She went on to note that the payload was manufactured in Quebec; the radio waves were sent from Virginia; none of the parties resided in the same place; and though the laws of California apply to the contract between Hughes Aircraft and

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

IV. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour supérieure du Québec*, [1999] J.Q. nº 4580 (QL)

Dans ses motifs rejetant les requêtes des appelantes, la juge Duval Hesler a d'abord examiné les principes juridiques qui s'appliquent aux requêtes des appelantes en rejet d'action fondées sur l'absence de compétence et la doctrine du *forum non conveniens*. Elle a fait remarquer que l'art. 3148 *C.c.Q.* établit des critères de compétence plus larges que les anciens critères énoncés à l'art. 68 *C.p.c.* Sous le régime de l'art. 3148 *C.c.Q.*, les autorités québécoises sont compétentes lorsque le demandeur subit un préjudice au Québec, même s'il ne s'agit pas du lieu où est survenu l'acte ou l'omission. Le fardeau de prouver l'absence de compétence des tribunaux incombe au défendeur. En l'espèce, la juge Duval Hesler a conclu que les tribunaux du Québec peuvent à bon droit se déclarer compétents au titre de l'art. 3148 *C.c.Q.* puisque les actes de procédure de l'intimée et les interrogatoires font clairement ressortir que les incidents allégués ont nui à son entreprise située à Ste-Anne-de-Bellevue. 9

Examinant la question du *forum non conveniens*, la juge des requêtes a fait remarquer qu'il incombe au défendeur de prouver que la doctrine du *forum non conveniens* s'applique. Elle a également indiqué que l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, codifiée à l'art. 3135 *C.c.Q.*, demeure exceptionnelle et exige que l'on conclue que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher l'affaire en cause. La juge Duval Hesler a estimé que selon les faits allégués, aucun tribunal ne s'est démarqué comme étant le plus approprié. À vrai dire, les appelantes ne sont pas arrivées à un consensus. La juge a ensuite fait observer que la charge utile avait été fabriquée au Québec, que les ondes radioélectriques ont été transmises de la Virginie, qu'aucune des parties ne réside au même 10

Spar, none of the appellants were party to it. In these circumstances, Duval Hesler J. held that there was no cause for a change of forum and dismissed the appellants' motions.

endroit, et que, bien que les lois de la Californie s'appliquent au contrat conclu entre Hughes Aircraft et Spar, aucune des appelantes n'était partie à ce contrat. Dans ces circonstances, la juge Duval Hesler a conclu qu'aucun motif ne justifiait de saisir un autre tribunal et elle a rejeté les requêtes des appelantes.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2000] R.J.Q. 1405 (Delisle and Otis JJ.A. and Denis J. (*ad hoc*))

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] R.J.Q. 1405 (les juges Delisle, Otis et Denis (*ad hoc*))

11 The appellants appealed the motion judge's decision to the Quebec Court of Appeal on the basis that any damage alleged by the respondent pursuant to art. 3148 *C.C.Q.* is suffered at its domicile or head office in Toronto, Ontario. The respondent countered that the absence of residence or domicile in Quebec does not automatically exclude jurisdiction since the corporation can nonetheless suffer damage to its particular establishment in Quebec.

Les appelantes ont porté la décision de la juge des requêtes en appel devant la Cour d'appel du Québec, au motif que tout préjudice allégué par l'intimée suivant l'art. 3148 *C.c.Q.* a été subi à son domicile ou à son siège social à Toronto (Ontario). L'intimée a répondu que l'absence de résidence ou de domicile au Québec n'écarte pas automatiquement la compétence des autorités québécoises puisque la société peut néanmoins avoir subi un préjudice à son établissement particulier situé au Québec.

12 The Court of Appeal declined to choose between the above arguments. Instead, it noted that para. 3 of art. 3148 makes reference to two different concepts: "fault" and "injurious act". While the first concept requires a breach of an obligation, the second refers to the act which causes damage and does not consider the notion of obligation. In this case, the Court of Appeal found that the alleged attack to the respondent's reputation in Quebec was an "injurious act" pursuant to art. 3148(3) and that because it occurred in Quebec, reparation may be sought in Quebec. The Court of Appeal went on to note that the damages resulting from the "injurious act" must be substantial in order to establish jurisdiction, based on the wording of art. 3164. It concluded that jurisdiction was correctly established in this case because the damages sought by the respondent for harm to its reputation were substantial.

La Cour d'appel a refusé de trancher les arguments mentionnés précédemment. Elle a plutôt fait remarquer que le troisième paragraphe de l'art. 3148 fait référence à deux concepts différents : la « faute » et le « fait dommageable ». Le premier concept exige un manquement à une obligation, alors que le second renvoie à un fait qui entraîne un préjudice et ne comporte pas la notion d'obligation. En l'espèce, la Cour d'appel a décidé que l'atteinte alléguée à la réputation de l'intimée au Québec constitue un « fait dommageable » au sens du par. 3148(3) et que, comme celui-ci s'est produit au Québec, il y donne ouverture à réparation. Elle a ensuite fait observer que les dommages qui découlent du « fait dommageable » doivent être substantiels pour que, conformément au libellé de l'art. 3164, la compétence soit établie. Elle a conclu qu'en l'espèce la compétence avait été établie à bon droit en raison du caractère substantiel des dommages réclamés par l'intimée pour atteinte à sa réputation.

V. Issues

V. Questions en litige

13 1. Do the Quebec courts have competence in the present matter pursuant to the factors set out in art. 3148(3) *C.C.Q.*?

1. Selon les facteurs énumérés au par. 3148(3) *C.c.Q.*, les tribunaux du Québec ont-ils compétence en l'espèce?

2. Should the criterion of a "real and substantial connection" be used when determining whether or not a Quebec authority has international jurisdiction under art. 3148 *C.C.Q.*?

3. Even if the Quebec courts are competent in the present matter, should jurisdiction be declined on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*, pursuant to art. 3135 *C.C.Q.*?

VI. Analysis

A. *Overview of General Principles of Private International Law*

The private international law rules engaged in the case at bar are derived largely from a web of interrelated principles that underlie the private international legal order. The following is a brief overview of these fundamental principles and discusses how they are manifested in modern private international law rules.

One of the key principles underpinning the various private international law rules is international comity. One of the earliest and most influential works on the topic was Dutch jurist U. Huber's 1689 essay, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (for translation and elaboration, see D. J. L. Davies, "The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law", in *The British Year Book of International Law* (1937), vol. 18, p. 49). Huber opined that, based on the customs of mutual deference and respect between nations, comity attenuates the principle of territoriality by allowing states to apply foreign laws so that rights acquired under them can retain their force, provided that they do not prejudice the states' powers or rights. (See C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2001), at pp. 20-21; G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), at p. 20; H. E. Yntema, "The Comity Doctrine" (1966-67), 65 *Mich. L. Rev.* 1; and E. F. Scoles et al., eds., *Conflict of Laws* (3rd ed. 2000), at pp. 14-15.) This approach was enthusiastically supported by American J. Story's influential 1834 text, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, ch. 11, at para. 35 (quoted

2. Est-il opportun d'utiliser le critère du « lien réel et substantiel » pour déterminer la compétence internationale des autorités du Québec conformément à l'art. 3148 *C.c.Q.*?

3. Même si les tribunaux québécois sont compétents en l'espèce, devraient-ils se déclarer incompétents selon la doctrine du *forum non conveniens*, conformément à l'art. 3135 *C.c.Q.*?

VI. Analyse

A. *Revue des principes généraux du droit international privé*

Les règles de droit international privé applicables en l'espèce proviennent en grande partie d'un ensemble de principes interreliés, fondement de l'ordre juridique international privé. Les paragraphes qui suivent constituent une brève revue de ces principes fondamentaux et ils examinent sous quelle forme ces principes s'incarnent dans les règles modernes de droit international privé. 14

L'un des principes essentiels servant d'assise aux différentes règles de droit international privé est celui de la courtoisie internationale. L'un des premiers ouvrages sur le sujet, et parmi ceux qui ont eu le plus d'influence, fut celui publié en 1689 du juriste hollandais U. Huber, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (voir la traduction et l'élaboration de l'essai : D. J. L. Davies, « The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International law » dans *The British Year Book of International Law* (1937), vol. 18, p. 49). Selon Huber, la courtoisie, qui s'inspire de la coutume de déférence et de respect mutuels entre nations, atténue le principe du territorialisme, en permettant aux États d'appliquer les lois étrangères de manière à ce que les droits acquis en vertu de ces lois puissent être maintenus, pourvu qu'ils ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou aux droits de l'État. (Voir C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2001), p. 20-21; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 20; H. E. Yntema « The Comity Doctrine » (1966-67), 65 *Mich. L. Rev.* 1; et E. F. Scoles et autres, dir., *Conflict of Laws* (3e éd. 2000), p. 14-15.) L'américain J. Story a fortement appuyé 15

in J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), at p. 15; see also: Scoles et al., *supra*, at pp. 18-19; and Emanuelli, *supra*, at p. 22.)

16 Despite its importance, comity has proven a difficult concept to define in legal terms (see: J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose leaf)), at pp. 1.13-1.14). Some authors have questioned its utility in the determination of private international law issues, especially in matters concerning the applicability of foreign law. See, for example, *Cheshire and North's Private International Law* (13th ed. 1999), at p. 5, where the authors state that "The word itself is incompatible with the judicial function, for comity is a matter for sovereigns, not for judges required to decide a case according to the rights of the parties." And in *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 1, at p. 5, it is observed that:

> Story used it to mean more than mere courtesy, but something rather less than equivalent to international law. Dicey was highly critical of the use of comity to explain the conflict of laws ("a singular specimen of confusion of thought produced by laxity of language") . . . . [Footnotes omitted.]

17 Notwithstanding these limitations, comity is still considered a useful guiding principle when applying the rules of private international law. For example, the notion of comity is invoked today as a guiding principle in the context of anti-suit injunctions, as noted by the editors of *Dicey and Morris*, *supra*, at p. 6:

> More recently, comity has been invoked to justify the caution which is required in the exercise of the power to grant injunctions to restrain proceedings in foreign courts. Comity requires that the English forum should have a sufficient interest in, or connection with, the matter in question to justify the indirect interference with the foreign court which such an injunction entails. [Footnote omitted.]

cette méthode dans son ouvrage influent datant de 1834, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, ch. 11, par. 35 (cité dans J.-G. Castel, *Droit international privé québécois* (1980), p. 15; voir également Scoles et autres, *op. cit.*, p. 18-19, et Emanuelli, *op. cit.*, p. 22.)

Malgré son importance, la courtoisie s'est révélée être une notion difficile à définir en termes juridiques (voir J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5e éd. (feuilles mobiles)), p. 1.13 et 1.14). Certains auteurs se sont demandés si elle était utile pour trancher des questions de droit international privé, particulièrement dans les affaires concernant l'applicabilité du droit étranger. Voir, par exemple, *Cheshire and North's Private International Law* (13e éd. 1999), p. 5, où les auteurs disent : [TRADUCTION] « Le terme lui-même est incompatible avec la fonction judiciaire, parce que la courtoisie est une question qui concerne les souverains et non les juges qui sont tenus de juger une affaire en fonction des droits des parties. » Enfin, dans *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13e éd. 2000), vol. 1, p. 5, les auteurs ont fait l'observation suivante :

> [TRADUCTION] Story était d'avis que ce terme signifiait quelque chose qui allait plus loin que la simple courtoisie mais qui n'était pas tout à fait l'équivalent du droit international. Dicey a vivement critiqué l'emploi de la courtoisie pour justifier le conflit de lois (« un modèle singulier de pensée confuse produit par un laxisme du langage ») . . . [Notes en bas de page omises.]

Malgré ces limites, la courtoisie demeure considérée comme un principe directeur utile pour l'application des règles de droit international privé. Par exemple, comme l'ont souligné les éditeurs de *Dicey and Morris*, *op. cit.*, p. 6, la notion de courtoisie est invoquée de nos jours comme principe directeur dans le contexte des injonctions contre les poursuites :

> [TRADUCTION] Récemment, on a invoqué la courtoisie pour justifier la prudence requise dans l'exercice du pouvoir de décerner des injonctions pour interdire des poursuites devant les tribunaux étrangers. La courtoisie exige que le tribunal anglais ait un intérêt suffisant dans l'affaire en question, ou relié à cette affaire, pour justifier son ingérence indirecte dans les affaires du tribunal étranger, qu'une telle injonction comporte. [Notes en bas de page omises.]

On a more practical level, it has been remarked that "the theory has performed a useful function in freeing our subject from parochialism, and making our judges more internationalist in outlook and more tolerant of foreign law than they might otherwise have been". (See J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (5th ed. 2000), at p. 535.)

Sur un plan plus pratique, on a fait remarquer que [TRADUCTION] « la théorie a permis à notre sujet de ne pas se restreindre à son caractère local, et de donner à nos juges une perspective plus internationaliste et une plus grande tolérance face au droit étranger qu'ils n'auraient pu développer autrement. » (Voir J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (5e éd. 2000), p. 535.) 18

The notion of comity has retained its vitality in the jurisprudence of Canadian courts. This Court has adopted the following definition of the concept:

> . . . the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

(*Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at p. 164)

(See *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at p. 283, *per* Estey J.; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1096, *per* La Forest J.; and *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at para. 69, *per* Binnie J.)

La notion de courtoisie reste d'actualité dans la jurisprudence des tribunaux canadiens. Notre Cour a défini la notion en ces termes : 19

> [TRADUCTION] . . . la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens et des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

(*Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 164)

(Voir *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, p. 283, le juge Estey; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096, le juge La Forest, et *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 69, le juge Binnie.)

This Court has indicated that "the twin objectives sought by private international law in general and the doctrine of international comity in particular [are] order and fairness". (See *Holt Cargo*, *supra*, at para. 71, *per* Binnie J.; *Morguard*, *supra*, at p. 1097; and *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 325, *per* La Forest J.) When giving effect to these two objectives, Binnie J. observed that "the Court gave pre-eminence to the objective of order" (*Holt Cargo*, *supra*, at para. 71). As noted by La Forest J. in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058: "Order is a precondition to justice."

Notre Cour a indiqué que « le droit international privé, en général, et la règle de la courtoisie internationale, en particulier, [poursuivent] un double objectif d'ordre et d'équité. » (Voir *Holt Cargo*, précité, par. 71, le juge Binnie; *Morguard*, précité, p. 1097; et *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, le juge La Forest.) Donnant effet à ce double objectif, le juge Binnie a fait observer que « la Cour a donné préséance à l'ordre » (*Holt Cargo*, précité, par. 71). Comme l'a souligné le juge La Forest dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058 : « L'ordre est une condition préalable de la justice. » 20

The three principles of comity, order and fairness serve to guide the determination of the principal private international law issues: jurisdiction *simpliciter*, *forum non conveniens*, choice of law, and recognition of foreign judgments. Given that these three principles are at the heart of the private international legal order, it is not surprising that

Les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité servent de guide pour trancher les principales questions de droit international privé : la simple reconnaissance de compétence, le *forum non conveniens*, le choix de la loi applicable et la reconnaissance des jugements étrangers. Puisque ces trois principes se situent au cœur de l'ordre juridique international 21

the various issues are interrelated. For example, W. Tetley points out that the "'*forum non conveniens*' doctrine (founded on the 'real and substantial connection' test), is now also an essential feature of Canadian conflicts theory and practice". (See W. Tetley, "Current Developments in Canadian Private International Law" (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 152, at p. 155.) Also, in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, Sopinka J. observed, at p. 933, that the criterion of "juridical advantage" is a factor to be considered both in deciding whether to decline jurisdiction on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* and in determining whether or not an injustice would result if a plaintiff is allowed to proceed in a foreign jurisdiction, in the context of an anti-suit injunction.

22 The various rules governing the private international law order of Quebec are found primarily in Book Ten of the *C.C.Q.*, subsuming or complementing the rules of civil procedure found in the *Code of Civil Procedure*. See J. A. Talpis and J.-G. Castel, "Interpreting the rules of private international law" in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law* (1993). These rules cover a broad range of interrelated topics, including: the jurisdiction of the court (art. 3136, 3139 and 3148 *C.C.Q.*); the discretionary powers of the court to eliminate inappropriate fora (under the doctrine of *forum non conveniens* codified in art. 3135 *C.C.Q.*, through the recourse to the *lis pendens* power in art. 3137, or by issuance of an anti-suit injunction pursuant to art. 3135 *C.C.Q.* and art. 46 *C.C.P.*); and they allow Quebec courts to recognize and enforce foreign decisions (art. 3155 *C.C.Q.*).

23 As the basic rules of private international law are codified in Quebec, courts must interpret those rules by first examining the specific wording of the provisions of the *C.C.Q.* and then inquiring whether or not their interpretation is consistent with the principles

privé, il n'est pas étonnant que les différentes questions soulevées par ce dernier soient étroitement liées. Par exemple, W. Tetley signale que le recours à la [TRADUCTION] « doctrine du *forum non conveniens* (fondée sur le critère du "lien réel et substantiel") est aussi devenu une caractéristique essentielle des aspects théorique et pratique du droit canadien régissant les conflits ». (Voir W. Tetley, « Current Developments in Canadian Private International Law » (1999), 78 *R. du B. can.* 152, p. 155.) En outre, dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, le juge Sopinka a fait observer à la p. 933 que le critère de « l'avantage juridique » est un facteur que le tribunal doit considérer autant pour décider s'il doit se déclarer incompétent selon la doctrine du *forum non conveniens* que lorsqu'il doit déterminer si une injustice résulterait de l'autorisation donnée au demandeur de poursuivre l'action devant le tribunal étranger dans le contexte d'une injonction contre les poursuites.

Les différentes règles qui gouvernent l'ordre du droit international privé au Québec se retrouvent principalement au Livre dixième du *C.c.Q.*, celles-ci subsumant ou complétant les règles de la procédure civile prescrites par le *Code de procédure civile*. Voir J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Interprétation des règles du droit international privé » dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 801, p. 807. Ces règles couvrent un vaste éventail de sujets étroitement liés, y compris : la compétence du tribunal (art. 3136, 3139 et 3148 *C.c.Q.*); les pouvoirs discrétionnaires que possède le tribunal pour l'élimination des tribunaux inappropriés (conformément à la doctrine du *forum non conveniens* codifiée à l'art. 3135 *C.c.Q.*, au recours à l'exception de litispendance prévu à l'art. 3137, ou à l'injonction contre les poursuites en vertu des art. 3135 *C.c.Q.* et 46 *C.p.c.*); elles permettent également aux tribunaux québécois de reconnaître et d'exécuter les décisions étrangères (art. 3155 *C.c.Q.*).

Au Québec, en raison de la codification des règles du droit international privé, les tribunaux doivent interpréter ces règles en examinant d'abord le libellé particulier des dispositions du *C.c.Q.* et ensuite en cherchant à savoir si leur interprétation

which underlie the rules. Given that the provisions of the *C.C.Q.* and of the *C.C.P.* do not refer directly to the principles of comity, order and fairness, and that the principles are at best, vaguely defined, it is important to emphasize that these principles are not binding rules in themselves. Instead, they inspire the interpretation of the various private international law rules and reinforce the interconnected nature of the issues. (For a discussion on the relationships between the various private international law rules, see: J. A. Talpis, "*If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?*" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), at pp. 22 and 43-69). With these background principles in mind, I now turn to the issues at bar.

B. *Application of Private International Law Rules*

1. Do the Quebec courts have competence in the present matter pursuant to the factors set out in art. 3148(3) *C.C.Q.*?

Although three of the four appellants made independent arguments on this issue (Viacom adopted the written arguments of Motient), their basic position is that both the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal erred in their respective interpretations of art. 3148(3) *C.C.Q.* Those provisions read as follows:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

. . .

(3) a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec; [Emphasis added.]

Although there are four possible grounds for asserting jurisdiction under art. 3148(3), only two remain relevant to this appeal and are examined in turn. The first is the "damage" ground, which was accepted by Duval Hesler J. of the Quebec Superior Court, leading her to confirm the jurisdiction of the

est compatible avec les principes qui sous-tendent les règles. Comme les dispositions du *C.c.Q.* et du *C.p.c.* ne renvoient pas directement aux principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, et qu'au mieux ces principes y sont vaguement définis, il est important de souligner que ces derniers ne constituent pas des règles contraignantes en soi. Elles servent plutôt de guide à l'interprétation des différentes règles de droit international privé et renforcent le lien étroit entre les questions en litige. (Pour une analyse des liens entre les différentes règles de droit international privé, voir : J. Talpis, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), p. 22 et 43-69). Tenant compte de ces principes, j'examinerai maintenant les questions en litige.

B. *Application des règles du droit international privé*

1. Selon les facteurs énumérés au par. 3148(3) *C.c.Q.*, les tribunaux du Québec ont-ils compétence en l'espèce?

Même si trois des quatre appelantes ont présenté des arguments distincts sur cette question (Viacom a souscrit aux arguments écrits de Motient), elles soutiennent essentiellement que la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec ont commis une erreur dans leur interprétation respective du par. 3148(3) *C.c.Q.* Voici le texte de cette disposition : 24

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

. . .

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée; [Je souligne.]

Bien qu'il existe quatre motifs d'attribution de compétence sous le régime du par. 3148(3), deux seulement sont pertinents eu égard au présent pourvoi et seront examinés à tour de rôle. Le premier, fondé sur un « préjudice », accepté par la juge Duval Hesler de la Cour supérieure du Québec, a 25

Quebec courts. The second is the "injurious act" ground, which was accepted by the Quebec Court of Appeal, also resulting in the confirmation of the Quebec courts' jurisdiction.

(i) *The "damage" ground under art. 3148(3)*

26 The appellants Motient and Viacom submit that "none of the damages claimed by Respondent can be said to have been 'suffered in Quebec'", but rather, they were suffered at the respondent's domicile or head office in Toronto, Ontario. Under the civil law of Quebec, legal persons have a patrimony; although a corporation may have several places of business, it can have but one patrimony. While no clear rule exists in Quebec for the localization of damage, or for the localization of the corporate patrimony, one approach suggests the localization of economic loss with the respondent's patrimony and the localization of damage to reputation at the place of the respondent's domicile. In addition, the appellants note that the respondent is no longer manufacturing satellites at the Ste-Anne-de-Bellevue establishment because it has sold the division along with the establishment itself.

27 The appellant Hughes Communications argues that, in this case, jurisdiction would have been denied by the Quebec Court of Appeal had it not been for the presence of the claim for a nominal sum for loss of reputation. It submits that it is inconsistent with order and fairness that the addition of so minor a claim to an action can confer jurisdiction where otherwise none would exist.

28 According to the appellant STS, it is possible to situate the damage in a particular location when it is tangible, but it is more difficult to situate the damage when tangible goods have been damaged in a particular location and financial interests are damaged somewhere else as an indirect result of the material damage. STS argues that the respondent is an indirect victim. The direct victim is Motient, whose satellite was damaged. STS submits that the loss of incentive payments is not sufficient to establish a solid link with the Quebec courts.

conduit cette dernière à confirmer la compétence des tribunaux québécois. Le deuxième, fondé sur un « fait dommageable », accepté par la Cour d'appel du Québec, a également entraîné confirmation de la compétence des tribunaux du Québec.

(i) *Le motif fondé sur un « préjudice » sous le régime du par. 3148(3)*

Selon les appelantes Motient et Viacom, [TRADUCTION] « le préjudice qu'allègue l'intimée n'a pas été subi "au Québec" », mais plutôt à son domicile ou à son siège social à Toronto (Ontario). Selon le droit civil du Québec, les personnes morales possèdent un patrimoine; même si une société a plusieurs établissements, elle ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Il n'existe pas de règle claire au Québec pour situer le préjudice ou le patrimoine d'une société, mais on peut affirmer que les pertes financières suivent le patrimoine de l'intimée et que le préjudice causé à la réputation se situe au domicile de l'intimée. De plus, les appelantes font remarquer que l'intimée ne fabrique plus de satellites à son établissement de Ste-Anne-de-Bellevue parce qu'elle a vendu la filiale en plus de l'établissement même.

L'appelante Hughes Communications plaide qu'en l'espèce la Cour d'appel du Québec n'aurait pas reconnu la compétence n'eut été le montant symbolique réclamé à titre d'indemnisation pour atteinte à la réputation. Selon son argument, la reconnaissance de la compétence du tribunal en raison de l'ajout d'un montant si minime dans une action, alors qu'on ne l'aurait pas admise sans cet ajout, ne respecterait ni l'ordre ni l'équité.

Selon l'appelante STS, on peut situer le préjudice dans un lieu particulier lorsque celui-ci est tangible. Cependant, on y parvient plus difficilement lorsque le préjudice causé aux biens tangibles se situe dans un lieu précis alors que celui causé aux intérêts financiers, comme conséquence indirecte du préjudice matériel, se localise ailleurs. STS fait valoir que l'intimée n'est qu'une victime par ricochet alors que Motient reste la victime directe, son satellite ayant été endommagé. STS soutient que la perte de primes de rendement ne suffit pas à établir un lien solide avec les tribunaux du Québec.

The respondent submits that it has suffered damage to its reputation in Quebec, which has resulted in a loss of profits, loss of clientele and loss of future profits. It emphasizes that the Quebec legislature did not indicate the nature or the amount of the damage that must be suffered in order for Quebec courts to assert jurisdiction under art. 3148(3).

29 L'intimée répond qu'il y a eu atteinte à sa réputation au Québec, ce qui a entraîné une perte de profits, de clients et de profits futurs. Elle souligne que le législateur québécois n'a pas indiqué la nature ni le montant de la réclamation qui permet aux tribunaux du Québec de se déclarer compétents en vertu du par. 3148(3).

Despite the interesting arguments raised by the appellants, I agree with the respondent that the motions judge did not err when she found that the Quebec courts can assert jurisdiction on the basis of "damage" having been suffered in Quebec. There is ample support for the motions judge's decision given the procedural context of the jurisdictional rules of Quebec, as well as in the evidence presented by the respondent.

30 Malgré les arguments intéressants des appelantes, je conviens avec l'intimée que la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que les tribunaux du Québec peuvent se déclarer compétents sur la base de l'existence d'un « préjudice » au Québec. La décision de la juge des requêtes est solidement motivée, compte tenu du contexte procédural des règles québécoises en matière de compétence et de la preuve présentée par l'intimée.

First, it appears that the procedural context for challenging jurisdiction at a preliminary stage supports the idea that art. 3148 establishes a broad basis for finding jurisdiction. In order to challenge jurisdiction in a preliminary motion, one must bring a declinatory motion to dismiss under art. 163 *C.C.P.* Case law has established that a judge hearing such a motion is not to consider the merits of the case, but rather, is to take as averred the facts that are alleged by the plaintiff to bring it within the jurisdictional competence of the Quebec courts (see *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554, at p. 1558; and *Rosdev Investments Inc. v. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966 (Sup. Ct.), at p. 2968).

31 En premier lieu, il appert que le contexte procédural permettant de contester la compétence au stade préliminaire confirme l'idée que l'art. 3148 établit un large fondement permettant de conclure à la compétence d'un tribunal. Pour contester la compétence dans le cadre d'une requête préliminaire, il faut demander le rejet de la demande en présentant une requête en exception déclinatoire conformément à l'art. 163 *C.p.c.* Selon la jurisprudence, le juge saisi de ce genre de requête n'a pas à se prononcer sur le fond du litige, mais doit plutôt tenir pour avérés les faits que le demandeur allègue pour que la compétence des tribunaux du Québec soit reconnue (voir *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, p. 1558; et *Rosdev Investments Inc. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1994] R.J.Q. 2966 (C.S.), p. 2968).

The declinatory motion allows the defendants to challenge the facts alleged by the plaintiff. Indeed, in the case at bar, the appellants adduced evidence to demonstrate that the incentive payments were made to the respondent's head office in Toronto and not to the respondent's establishment in Ste-Anne-de-Bellevue. Nevertheless, the fact remains that the role of the motions judge is to refrain from evaluating the evidence of parties unless the facts are specifically contested by the parties. In my opinion, reading in limitations with respect to the amount and nature of the damage that must be suffered in

32 La requête en exception déclinatoire permet toutefois au défendeur de contester les faits allégués par le demandeur. En l'espèce, les appelantes ont effectivement présenté des éléments de preuve pour démontrer que les versements de primes avaient été effectués au siège social de l'intimée à Toronto et non à son établissement de Ste-Anne-de-Bellevue. Il n'en demeure pas moins que le rôle du juge des requêtes lui commande de s'abstenir d'apprécier la preuve des parties à moins que celles-ci ne contestent spécifiquement les faits. À mon avis, l'introduction de restrictions quant au montant et à la nature

the jurisdiction before the court can assert its competence may improperly require the motions judge to prematurely decide the merits of the case.

33 In the case at bar, I agree with the motions judge that the respondent made a *prima facie* case that it suffered damage in Quebec. Although the respondent's head office is in Ontario, the evidence provided by Gerald Bush (Vice-President and General Manager of Spar) demonstrates that the operation in Ste-Anne-de-Bellevue had established its own reputation independently of the national reputation the respondent enjoyed (A.R., at pp. 99-100). In particular, Bush testified that more than half of the company's Canadian space operations and between 80 to 85 percent of its spacecraft work was located at the Ste-Anne-de-Bellevue facility (A.R., at pp. 86-90).

34 More support for the respondent's position is found in its evidence that the Quebec facility suffered injuries as a result of the withholding of the incentive payments, even though these were to be made to the corporate headquarters in Toronto (see Mr. Bush's testimony, A.R., at p. 114). The appellants did not successfully rebut this evidence.

35 In addition, the subcontract between the respondent and Hughes Aircraft for the manufacture of the payload identifies the respondent as being located at Ste-Anne-de-Bellevue, a fact that tends to strengthen its argument that its reputation was in fact associated with its Quebec operation. Therefore, taking the facts as alleged, it seems that any damage to reputation suffered by the respondent was suffered by its establishment in the Province of Quebec, and not at its corporate offices in Ontario.

36 The appellant STS relies on European case law to assert that only direct damage and not indirect damage can be used to link the action to the jurisdiction. In my view, there is nothing in the wording of art. 3148(3) to suggest that such a limitation was intended. Therefore, I do not agree with the appellant's submission that the damages are either too indirect or too nominal in this case to meet the

du préjudice subi dans le ressort avant que le tribunal puisse se déclarer compétent risquerait d'obliger indûment le juge des requêtes à se prononcer prématurément sur le fond du litige.

En l'espèce, comme la juge des requêtes, j'estime que l'intimée a établi *prima facie* qu'elle avait subi un préjudice au Québec. Même si le siège social de l'intimée se trouve en Ontario, le témoignage de Gerald Bush (vice-président et directeur général de Spar) démontre que l'entreprise exploitée à Ste-Anne-de-Bellevue avait établi sa propre réputation indépendamment de la réputation nationale de l'intimée (voir D.A., p. 99-100). Notamment, M. Bush a témoigné que plus de la moitié des opérations spatiales de la société au Canada et de 80 à 85 pour 100 du travail se rattachant aux véhicules spatiaux s'effectuaient à l'installation située à Ste-Anne-de-Bellevue (voir D.A., p. 86-90).

La thèse de l'intimée est aussi étayée par les éléments de preuve qu'elle a présentés pour démontrer que l'installation située au Québec a subi un préjudice en raison du refus de verser les primes, même si ces versements devaient être effectués à son siège social à Toronto (voir le témoignage de M. Bush, D.A., p. 114). Les appelantes n'ont pas réussi à réfuter cette preuve.

En outre, dans le contrat de sous-traitance conclu entre l'intimée et Hughes Aircraft pour la fabrication de la charge utile, on décrit l'intimée comme étant située à Ste-Anne-de-Bellevue. Ce fait tend à renforcer son argument selon lequel sa réputation était réellement associée à son entreprise exploitée au Québec. Par conséquent, si les faits tels qu'allégués sont avérés, il semble que toute atteinte à la réputation de l'intimée a été subie à son établissement situé dans la province de Québec, et non à son siège social en Ontario.

L'appelante STS se fonde sur la jurisprudence européenne pour affirmer que seul le préjudice direct, et non le préjudice indirect, peut être utilisé pour rattacher l'action au ressort. À mon avis, rien dans le libellé du par. 3148(3) ne donne à penser qu'on ait voulu établir une telle restriction. Je ne souscris donc pas à l'argument des appelantes, selon lequel le préjudice est trop indirect ou trop

requirements for asserting jurisdiction. Such a finding would require a premature assessment of the evidence, as outlined above.

In their arguments, the appellants seem to conflate the issue of the "damage" suffered in Quebec with the issue of the amount of damages claimed in Quebec. In this case, we are only concerned with the former as art. 3148 requires that "damage" be suffered in Quebec in order to ground jurisdiction. The amount of damages that the respondent is claiming is not a concern for the jurisdiction question but may be one of many factors to be considered in a *forum non conveniens* application, as set out below. Based on the analysis set out above, I agree with the Superior Court that the damage to the respondent's reputation sufficiently meets the "damage" requirement of art. 3148.

(ii) *The "injurious act" ground under art. 3148(3)*

Motient and Viacom argue that the Quebec Court of Appeal erred in both its interpretation of the term "injurious act" and its application of this criterion to the alleged attack on the respondent's reputation. The appellants submit that "injurious act" refers to the "physical acts of the defendant or the person or thing under his care, supervision or ownership, the material elements of the fault in question, or the specific events causing Respondent's damage" (Motient's factum, at para. 26). Turning to the application of art. 3148, Motient and Viacom claim that no "injurious act", as they define it, occurred in Quebec. Although the Court of Appeal characterized the damage to reputation as an "attack on" or "interference" with the respondent's reputation in Quebec, they say that the respondent is not claiming an attack on its reputation but rather damage to its reputation as a consequence of events which occurred in the United States.

symbolique en l'espèce pour satisfaire aux conditions d'établissement de la compétence. Comme nous l'avons exposé précédemment, une telle conclusion commanderait une appréciation prématurée de la preuve.

37 Dans leurs arguments, les appelantes semblent assimiler la question du « préjudice » subi au Québec à celle du montant qui y est réclamé à titre de dommages-intérêts. En l'espèce, la première question est la seule que nous devons examiner puisque l'art. 3148 exige que « le préjudice » soit subi au Québec pour fonder la compétence. Il n'est pas nécessaire que le montant des dommages-intérêts que l'intimée réclame soit discuté pour régler la question de la compétence. Toutefois, ce montant peut constituer l'un des nombreux facteurs à considérer dans une demande fondée sur le *forum non conveniens*, comme nous le verrons plus loin. Selon l'analyse énoncée précédemment, je conviens avec la Cour supérieure que l'atteinte à la réputation de l'intimée satisfait de manière suffisante à l'exigence relative au « préjudice » de l'art. 3148.

(ii) *Le motif fondé sur un « fait dommageable » prévu au par. 3148(3)*

38 Motient et Viacom plaident que la Cour d'appel du Québec a commis une erreur tant dans son interprétation de l'expression « fait dommageable » que dans la manière dont elle a appliqué ce critère à l'atteinte alléguée à la réputation de l'intimée. Les appelantes soutiennent qu'un « fait dommageable » renvoie aux [TRADUCTION] « actes physiques posés par le défendeur ou par la personne ou la chose dont il a la garde, la surveillance ou dont il est propriétaire, aux éléments importants de la faute en question, ou aux événements particuliers ayant causé un préjudice à l'intimée » (mémoire de l'appelante Motient, par. 26). Quant à l'application de l'art. 3148, Motient et Viacom ajoutent qu'aucun « fait dommageable », tel qu'elles le définissent, n'est survenu au Québec. Bien que la Cour d'appel ait décrit l'atteinte à la réputation comme une « attaque » ou une « atteinte » à la réputation de l'intimée au Québec, elles disent que l'intimée n'allègue pas qu'on a attaqué sa réputation mais plutôt qu'on y a porté atteinte en raison d'événements survenus aux États-Unis.

39 Hughes Communications put forward the argument that if there was a loss of reputation, it was a loss incurred by the respondent and not by one of its operations. In addition, the Court of Appeal failed to distinguish between the "injurious act" and its consequences. Hughes Communications argues that "[h]ere, the alleged loss of reputation would be the consequence of injurious acts committed in the United States" (Hughes Communications' factum, at para. 29).

40 STS argues that the Court of Appeal erred because the attack on reputation is not the source of the damage, rather, it is the damage that the respondent alleges to have resulted from the damage to the satellite. Such an indirect damage is insufficient to establish the jurisdiction of the court in a place where the respondent merely has an establishment which is not even the location of its corporate head office.

41 The respondent does not directly address this question of whether or not the Court of Appeal erred in confirming jurisdiction on the "injurious act" ground. Instead, it seems to place more emphasis on the ground of "damage" to confirm the jurisdiction of the Quebec courts, as accepted by the motions judge above.

42 Given the legislative history and context of art. 3148(3) *C.C.Q.*, I prefer the reasoning of the motions judge to that of the Court of Appeal. Prior to the adoption of the *C.C.Q.* in 1994, the international jurisdiction of Quebec courts was governed by art. 68 *C.C.P.*, which granted jurisdiction if: (1) the defendant was domiciled in Quebec; (2) if the whole cause of action arose in Quebec; (3) for actions in contract, if the contract was made in Quebec. Though art. 68 still applies to govern jurisdiction for disputes in the province, the *C.C.Q.* now sets out a code governing private international law. Unlike art. 68 *C.C.P.*, which requires that the whole cause of action arise in Quebec, art. 3148(3) *C.C.Q.* sets out four different grounds for the Quebec courts to assume jurisdiction: (1) a fault was committed in Quebec; (2) damage was suffered in Quebec; (3) an

Hughes Communications a avancé l'argument selon lequel si une perte de réputation est survenue, c'est l'intimée qui a subi cette perte et non l'une des entreprises qu'elle exploite. En outre, la Cour d'appel n'aurait pas distingué entre le « fait dommageable » et ses conséquences. Hughes Communications plaide [TRADUCTION] « [qu']en l'espèce la perte de réputation alléguée découlerait de faits dommageables commis aux États-Unis » (mémoire de l'appelante Hughes Communications, par. 29).

STS fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur parce que l'atteinte à la réputation n'est pas la cause du préjudice, mais plutôt le préjudice que l'intimée allègue avoir subi en raison des dommages causés au satellite. Un tel préjudice indirect ne suffit pas pour établir la compétence du tribunal à un endroit où l'intimée n'a qu'un établissement, son siège social n'y étant pas même situé.

L'intimée n'aborde pas directement cette question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant que la compétence du tribunal était fondée sur le « fait dommageable ». Elle semble plutôt insister davantage sur le motif fondé sur le « préjudice » pour confirmer la compétence des tribunaux du Québec, ce qu'avait accepté la juge des requêtes comme nous l'avons vu précédemment.

Vu l'historique législatif et le contexte du par. 3148(3) *C.c.Q.*, je préfère le raisonnement de la juge des requêtes à celui de la Cour d'appel. Avant l'adoption du *C.c.Q.* en 1994 la compétence internationale des tribunaux du Québec était régie par l'art. 68 *C.p.c.* Celui-ci conférait compétence dans les cas suivants : (1) le défendeur était domicilié au Québec; (2) toute la cause d'action avait pris naissance au Québec; (3) dans les actions de nature contractuelle, le contrat avait été conclu au Québec. Bien que l'art. 68 continue de régir la compétence relative aux litiges dans la province, le *C.c.Q.* prévoit maintenant un code qui régit le droit international privé. Contrairement à l'art. 68 *C.p.c.*, qui exige que la cause d'action prenne entièrement naissance au Québec, le par. 3148(3) *C.c.Q.* énonce quatre motifs différents sur lesquels les tribunaux du

injurious act occurred in Quebec; or (4) one of the obligations arising from a contract was to be performed in Quebec. In order to interpret "injurious act" in a manner that reflects the development of the rule and that will not render redundant the three other grounds set out in art. 3148(3), it must refer to a damage-causing event that attracts no-fault liability; see H. P. Glenn, "Droit international privé", in *La réforme du Code civil* (1993), vol. 3, 669, at p. 754.

Québec peuvent asseoir l'exercice de leur compétence : (1) une faute a été commise au Québec; (2) un préjudice y a été subi; (3) un fait dommageable s'y est produit; ou (4) l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée. Si l'on veut interpréter le « fait dommageable » d'une manière conforme à l'évolution de la règle et de façon à éviter la redondance des trois autres motifs énoncés au par. 3148(3), celui-ci doit se rapporter à un événement qui, donnant naissance à un préjudice, attire une responsabilité sans faute; voir H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, *op. cit.*, 669, p. 754.

As no such claim is advanced in this case, it is my opinion that the Court of Appeal erred in finding that the damage to reputation allegedly suffered by the respondent at its Quebec operation constituted an "injurious act". As noted above, I agree with the finding of the motions judge that the respondent made a *prima facie* case that it suffered damage in Quebec, so as to allow a Quebec court to assert jurisdiction over this matter. 43

Rien de tel n'étant invoqué en l'espèce, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'atteinte à la réputation dont l'intimée allègue avoir été victime à son entreprise située au Québec constituait un « fait dommageable ». Comme je l'ai fait remarquer précédemment, je partage l'opinion de la juge des requêtes qui a conclu que l'intimée avait établi *prima facie* qu'elle avait subi un préjudice au Québec d'une manière permettant à un tribunal du Québec de se déclarer compétent dans cette affaire.

2. Should the criterion of a "real and substantial connection" be used when determining whether or not a Quebec authority has international jurisdiction under art. 3148 *C.C.Q.*?

2. Est-il opportun d'utiliser le critère du « lien réel et substantiel » pour déterminer la compétence internationale des autorités du Québec, conformément à l'art. 3148 *C.c.Q.*?

Prior to examining the substantive aspects of this issue, I note that the appellants face an important limitation to the scope of their argument. As the Chief Justice dismissed the appellants' application to state a constitutional question (*Hughes Communications Inc. v. Spar Aerospace Ltd.*, S.C.C., No. 28070, October 9, 2001), the appellants are precluded from arguing whether or not "there is a constitutional limit on the jurisdiction of provincial courts over non-resident defendants corresponding to the rule of private international law requiring a real and substantial connection between the subject matter of an action and the jurisdiction in which it is prosecuted" (Notice of Motion to State a Constitutional Question, Schedule "A"). As this Court's jurisprudence establishes, if the Court is not 44

Avant d'examiner le fond de cette question en l'espèce, il faut noter que la portée de l'argument des appelantes se trouve maintenant restreinte de façon importante. En effet, en raison du rejet par la Juge en chef de la demande des appelantes de formuler une question constitutionnelle (*Hughes Communications Inc. c. Spar Aerospace Ltée*, C.S.C., n° 28070, 9 octobre 2001), celles-ci ne peuvent débattre la question de savoir si [TRADUCTION] « la compétence des tribunaux provinciaux à l'égard des défendeurs non résidents est soumise à une restriction constitutionnelle correspondant à la règle de droit international privé qui impose un lien réel et substantiel entre l'objet de l'action et la compétence du tribunal devant lequel l'action est intentée » (Avis de requête pour formulation

faced with a direct constitutional question, it generally limits the scope of its inquiry to the interpretation of a statutory provision in accordance with the sovereign intent of the legislature. (See: *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1580, where Sopinka J. remarked that "If the facts of the case do not require that constitutional questions be answered, the Court will ordinarily not do so. This policy of the Court not to deal with abstract questions is of particular importance in constitutional matters". See also: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62, where Iacobucci J. stated that "when a statute comes into play during judicial proceedings, the courts (absent any challenge on constitutional grounds) are charged with interpreting and applying it in accordance with the sovereign intent of the legislator".)

d'une question constitutionnelle, annexe A). Selon sa jurisprudence, si notre Cour n'a pas à répondre à une question constitutionnelle directe, elle restreint généralement la portée de son étude à la recherche d'une interprétation d'une disposition législative conforme à l'intention souveraine du législateur. (Voir *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, p. 1580, où le juge Sopinka a fait remarquer : « La Cour s'abstiendra généralement de répondre aux questions constitutionnelles si les faits de la cause ne l'exigent pas. Cette politique de la Cour de ne pas se prononcer sur des questions abstraites revêt une importance particulière dans les affaires constitutionnelles ». Voir également : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62, dans lequel le juge Iacobucci a dit : « lorsqu'une loi est en jeu dans une instance judiciaire, il incombe au tribunal (sauf contestation fondée sur des motifs d'ordre constitutionnel) de l'interpréter et de l'appliquer conformément à l'intention souveraine du législateur ».)

45 The alternative argument advanced by Motient and Viacom is that jurisdiction cannot be assumed by Quebec courts on the basis of either an "injurious act" or "damage" in Quebec under art. 3148 because this Court has enunciated a further constitutional requirement in *Morguard* and *Hunt*, that there must be a "real and substantial connection" between the forum and the action in order for jurisdiction to be assumed. The appellants argue that no such connection exists on the facts of this case. The Quebec Court of Appeal, at para. 20, seemed to recognize this requirement by referring to art. 3164 and the requirement therein that the [TRANSLATION] "dispute is substantially connected with the country whose authority is seised of the case".

L'argument subsidiaire qu'avancent Motient et Viacom veut que la compétence des tribunaux du Québec ne puisse se fonder sur le « fait dommageable » ni sur le « préjudice » produit ou subi au Québec au sens de l'art. 3148 parce que notre Cour a établi une autre exigence constitutionnelle dans les arrêts *Morguard* et *Hunt*, soit celle de l'existence d'un « lien réel et substantiel » entre le tribunal et l'action pour reconnaître la compétence du tribunal. D'après les appelantes, aucun lien de ce genre ne ressort des faits de l'espèce. La Cour d'appel du Québec, au par. 20, semble reconnaître cette condition lorsqu'elle fait référence à l'art. 3164, qui prévoit que le « litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie ».

46 Motient and Viacom contend that the Quebec Court of Appeal erred in finding that the alleged damage to reputation was substantial. This is a case where the most tenuous of connections between the dispute and the Quebec forum exist. In addition, a claim for a "nominal amount" of $50,000 does not constitute a substantial link between the dispute and Quebec. The appellants further submit that the respondent's decision to bring its claim commenced in the province of Quebec is motivated by the fact

Motient et Viacom prétendent que la Cour d'appel du Québec s'est trompée lorsqu'elle a conclu que l'atteinte alléguée à la réputation était considérable. Il s'agit d'une affaire où le lien entre le litige et le tribunal québécois est des plus ténus. En outre, la réclamation d'un « montant symbolique » de 50 000 $ ne constitue pas un lien substantiel entre le litige et le Québec. Les appelantes soutiennent également que la décision de l'intimée d'intenter son action dans la province de Québec est motivée par

that in contrast to common law jurisdictions, there is no principle prohibiting the recovery of pure economic loss in Quebec. This advantage would make the forum more attractive to corporations who have branch offices in Quebec, even though the losses will ultimately be suffered by the head office in another jurisdiction.

le fait que, par opposition aux ressorts de common law, aucun principe n'interdit l'indemnisation des pertes purement financières au Québec. Cet avantage rend le tribunal plus attrayant pour les sociétés qui ont des succursales au Québec, même si, en bout de ligne, ces pertes sont subies au siège social situé dans un autre ressort.

Hughes Communications adds that it is manifest from the respondent's pleadings that there is no real connection, much less a "real and substantial connection", between this claim and Quebec. The respondent is domiciled in Ontario; all the appellants are domiciled in the United States; and the alleged negligence occurred in the United States. Hughes Communications notes that in *Hunt*, the doctrine of full faith and credit was described as being a constitutional imperative, therefore, the requirement of a "real and substantial connection" as a condition for assuming jurisdiction must also be a constitutional imperative. Moreover, even if no constitutional restrictions were involved, comity requires that jurisdiction be appropriately assumed.

47 Hughes Communications ajoute qu'il ressort clairement des allégations de l'intimée qu'il n'existe aucun lien réel, encore moins un « lien réel et substantiel », entre la présente demande et le Québec. Le domicile de l'intimée est situé en Ontario; ceux des appelantes, aux États-Unis; et la négligence alléguée a eu lieu aux États-Unis. Hughes Communications fait remarquer que dans l'arrêt *Hunt*, la doctrine de la « reconnaissance totale » se trouve décrite comme un impératif constitutionnel. En conséquence, l'exigence d'un « lien réel et substantiel » comme condition d'attribution de compétence doit donc également être considérée comme un impératif constitutionnel. Par ailleurs, même en l'absence de toute restriction constitutionnelle, le principe de courtoise exige que la compétence du forum soit correctement attribuée.

STS observes that the new *C.C.Q.* provides not only rules for the jurisdictional competence of the Quebec courts, but also for the competence of foreign authorities for the purpose of recognition and enforcement of foreign judgments (art. 3164). In the case of foreign courts, the Quebec legislature imposed an additional criterion: that the dispute be substantially connected with the country whose authority is seised of the case. The Quebec Court of Appeal recognized that this requirement applies equally to the jurisdiction of Quebec courts but refused to apply the concept to narrow the scope of art. 3148. In addition, all of the appellants argue that the decision of the Court of Appeal is at odds with another case decided recently by a majority of the same court: *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966.

48 STS fait observer que le nouveau *C.c.Q.* prévoit non seulement des règles qui déterminent la compétence des tribunaux québécois, mais aussi celle des autorités étrangères aux fins de la reconnaissance et de l'exécution de jugements étrangers (art. 3164). Dans le cas des tribunaux étrangers, le législateur québécois a imposé un critère additionnel : le litige doit se rattacher d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie. La Cour d'appel du Québec a reconnu que cette exigence s'appliquait tout autant à la compétence des tribunaux québécois, mais elle a refusé d'appliquer cette notion de manière à restreindre la portée de l'art. 3148. En outre, les appelantes plaident toutes que la décision de la Cour d'appel contredit un autre arrêt rendu récemment par la majorité des juges de cette même cour : *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966.

For its part, the respondent submits that *Morguard* and *Hunt* have no relevance since the issue in those cases concerned the recognition of judgments from

49 Pour sa part, l'intimée soutient que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ne sont d'aucune pertinence, puisque, dans ces affaires, le litige portait sur la

a sister province and not the jurisdictional competence of a Canadian court. At any rate, if the appellants wish to challenge the constitutionality of art. 3148 then they must address the question to the Attorney General, pursuant to art. 95 *C.P.C.* This was not done in the case at bar as the Chief Justice dismissed the appellants' application to state a constitutional question. In any event, the criterion of a "real and substantial" link is a common law principle that should not be imported into the civil law. Similarly, it would be contrary to principles of interpretation to add this criterion into art. 3148 where it is also not specifically mentioned.

50 Turning to the substantive arguments, I cannot accept the appellants' arguments that the "real and substantial connection" requirement set out in *Morguard* and *Hunt* is an additional criterion that must be satisfied in determining the jurisdiction of the Quebec courts in this case. My conclusion with respect to this issue is based on two considerations: (i) the context of the "real and substantial connection" and its relationship with the principles of comity, order and fairness; and (ii) the nature of the private international law scheme set out in Book Ten of the *C.C.Q.*

(i) *The context of the "real and substantial connection" and its relationship with the principle of comity*

51 I agree with the appellants that *Morguard* and *Hunt* establish that it is a constitutional imperative that Canadian courts can assume jurisdiction only where a "real and substantial connection" exists: see La Forest J. in *Hunt*, *supra*, at p. 328: "courts are required, by constitutional restraints, to assume jurisdiction only where there are real and substantial connections to that place" (emphasis added). However, it is important to emphasize that *Morguard* and *Hunt* were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes. In my opinion, the specific findings of these decisions cannot easily be extended beyond this context. In particular, the two cases resulted in the enhancing or even broadening of the principles of reciprocity and speak directly to the context of interprovincial comity within the

reconnaissance de jugements d'une autre province et non sur la compétence d'un tribunal canadien. Quoi qu'il en soit, si les appelantes veulent contester la constitutionnalité de l'art. 3148, elles doivent alors donner avis de la question au procureur général conformément à l'art. 95 *C.p.c.* Cela n'a pas été fait en l'espèce, la Juge en chef ayant rejeté la demande des appelantes de formuler une question constitutionnelle. De toute manière, le critère du lien « réel et substantiel » constitue un principe de common law qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans le droit civil. D'une manière similaire, il serait contraire aux principes d'interprétation d'ajouter ce critère à l'art. 3148 qui ne le mentionne pas.

Passant maintenant à l'examen des arguments de fond, je ne peux accepter ceux que proposent les appelantes selon lesquels l'exigence d'un « lien réel et substantiel » énoncée dans les arrêts *Morguard* et *Hunt* est un critère additionnel auquel il faut satisfaire pour déterminer la compétence des tribunaux québécois en l'espèce. Ma conclusion sur cette question se fonde sur deux facteurs : (i) le contexte relatif au « lien réel et substantiel » et son rapport avec les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité; et (ii) la nature du régime de droit international privé énoncé au Livre dixième du *C.c.Q.*

(i) *Le contexte relatif au « lien réel et substantiel » et son rapport avec le principe de courtoisie*

Comme les appelantes, j'estime que les arrêts *Morguard* et *Hunt* établissent l'existence d'un impératif constitutionnel selon lequel les tribunaux canadiens ne peuvent se déclarer compétents que s'il existe un « lien réel et substantiel » : voir les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Hunt*, précité, p. 328 : « les tribunaux sont tenus, en vertu de contraintes constitutionnelles, de ne se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit » (je souligne). Toutefois, il importe de souligner que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence interprovinciaux. À mon avis, les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder de ce contexte. Tout particulièrement, ces deux arrêts ont renforcé et même élargi les principes de réciprocité

structure of the Canadian federation; see *Morguard*, *supra*, at p. 1109, and *Hunt*, *supra*, at p. 328.

In *Morguard*, La Forest J. agreed with the flexible approach taken by Dickson J. (as he then was) with respect to the application of the "real and substantial connection" criterion in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, and wrote at p. 1106:

> At the end of the day, he rejected any rigid or mechanical theory for determining the situs of the tort. Rather, he adopted "a more flexible, qualitative and quantitative test", posing the question, as had some English cases there cited, in terms of whether it was "inherently reasonable" for the action to be brought in a particular jurisdiction, or whether, to adopt another expression, there was a "real and substantial connection" between the jurisdiction and the wrongdoing.

He also delimited the decision to only address the modern interprovincial context (at p. 1098):

> . . . there is really no comparison between the interprovincial relationships of today and those obtaining between foreign countries in the 19th century. Indeed, in my view, there never was and the courts made a serious error in transposing the rules developed for the enforcement of foreign judgments to the enforcement of judgments from sister-provinces. The considerations underlying the rules of comity apply with much greater force between the units of a federal state, and I do not think it much matters whether one calls these rules of comity or simply relies directly on the reasons of justice, necessity and convenience to which I have already adverted. [Emphasis added.]

In *Hunt*, *supra*, at p. 321, La Forest J. stated that a central idea in *Morguard* was comity. It is apparent from his reasons in both cases, however, that federalism was the central concern underlying both decisions. At p. 1099 of *Morguard*, La Forest J. commented that adopting the traditional English rules in the Canadian context seemed to "fly in the face of the obvious intention of the Constitution to create a single country". In *Hunt*, at p. 322, he listed four factors that supported "a more cooperative spirit in recognition and enforcement . . . (1) common citizenship, (2) interprovincial mobility of citizens, (3) the

et ils s'appliquent directement au contexte de courtoisie entre provinces qui s'insère dans la structure de la fédération canadienne; voir *Morguard*, précité, p. 1109, et *Hunt*, précité, p. 328.

Dans l'arrêt *Morguard*, se ralliant à la démarche adoptée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, relativement à l'application du critère du « lien réel et substantiel », le juge La Forest a écrit à la p. 1106 : 52

> En fin de compte, il a rejeté l'application de toute règle rigide ou mécanique pour déterminer le situs d'un délit civil. Il a plutôt adopté « un critère qualitatif et quantitatif plus flexible » en se demandant, comme on l'avait fait dans les arrêts anglais qu'il cite, s'il était [TRADUCTION] « intrinsèquement raisonnable » d'intenter l'action dans un ressort particulier ou s'il y avait, pour reprendre une autre expression [TRADUCTION] « un lien réel et substantiel » entre le ressort et l'acte dommageable.

Il a également circonscrit l'arrêt de manière à ce qu'il ne s'applique que dans un contexte interprovincial moderne (à la p. 1098) :

> . . . il n'y a pas vraiment de comparaison possible entre les relations interprovinciales actuelles et celles qui s'appliquaient aux pays étrangers au XIX^e^ siècle. Quant à cela, j'estime qu'il n'y en a jamais eu et les tribunaux ont eu grandement tort de transposer les règles conçues pour l'exécution des jugements étrangers à l'exécution des jugements des autres provinces du pays. Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral et je ne crois pas qu'il importe qu'on les qualifie de règles de courtoisie ou qu'on ne fasse qu'appel directement aux motifs de justice, de nécessité et de commodité dont j'ai déjà parlé. [Je souligne.]

Dans *Hunt*, précité, p. 321, le juge La Forest a souligné qu'au cœur de cet arrêt, se trouvait la notion de courtoisie. Toutefois, dans ces deux arrêts, il ressort clairement de ses motifs que les décisions reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada. À la page 1099 de l'arrêt *Morguard*, le juge La Forest a souligné que l'adoption des règles traditionnelles anglaises au Canada semblent absolument « contraires à l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays ». Dans *Hunt*, p. 322, il a mentionné quatre facteurs qui favorisent « un esprit de coopération plus étroite 53

common market created by the union as reflected in ss. 91(2), 91(10), 121 and the peace, order and good government clause, and (4) the essentially unitary structure of our judicial system with the Supreme Court of Canada at its apex". At p. 323 of *Hunt*, La Forest J. drew a clear distinction between the rules pertaining to an international situation and the rules applicable to interprovincial disputes:

> . . . I do not think litigation engendered against a corporate citizen located in one province by its trading and commercial activities in another province should necessarily be subject to the same rules as those applicable to international commerce.

54 *Morguard* and *Hunt* have been cited by this Court in a number of cases which seem to confirm that the "real and substantial connection" was specially crafted to address the challenges posed by multiple jurisdictions within a federation. See *Tolofson*, *supra*, where La Forest J. observed, at p. 1064:

> The nature of our constitutional arrangements — a single country with different provinces exercising territorial legislative jurisdiction — would seem to me to support a rule that is certain and that ensures that an act committed in one part of this country will be given the same legal effect throughout the country. This militates strongly in favour of the *lex loci delicti* rule. In this respect, given the mobility of Canadians and the many common features in the law of the various provinces as well as the essentially unitary nature of Canada's court system, I do not see the necessity of an invariable rule that the matter also be actionable in the province of the forum. That seems to me to be a factor to be considered in determining whether there is a real and substantial connection to the forum to warrant its exercise of jurisdiction. Any problems that might arise could, I should think, be resolved by a sensitive application of the doctrine of *forum non conveniens*.

See also *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91, at para. 51, where

en matière de reconnaissance et d'exécution [. . .] premièrement, la citoyenneté commune, deuxièmement, la mobilité interprovinciale des citoyens, troisièmement, le marché commun créé par l'union, qui se reflète dans les par. 91(2) et 91(10) et à l'art. 121, ainsi que dans la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, et quatrièmement, la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire dont le sommet est occupé par la Cour suprême du Canada ». À la page 323 de l'arrêt *Hunt*, le juge La Forest a fait ressortir une distinction nette entre les règles qui régissent une situation internationale et celles qui s'appliquent à des litiges interprovinciaux :

> . . . je ne pense pas que l'action intentée contre une société située dans une province en raison des activités d'échanges et de commerce auxquelles elle se livre dans une autre province devrait nécessairement être assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent au commerce international.

Notre Cour a cité les arrêts *Morguard* et *Hunt* dans de nombreuses affaires, ce qui semble confirmer que le « lien réel et substantiel » a été spécialement conçu pour relever les défis que pose l'existence de plusieurs ressorts dans une fédération. Voir *Tolofson*, précité, où les motifs du juge La Forest, à la p. 1064, contiennent la remarque suivante :

> Il me semblerait que la nature de nos arrangements constitutionnels — un pays unique formé de provinces dotées d'une compétence législative territoriale — justifierait l'adoption d'une règle qui soit certaine et qui garantisse qu'un acte commis dans une partie du pays aura le même effet juridique partout au pays. C'est là un puissant argument en faveur de la règle de la *lex loci delicti*. À cet égard, étant donné la mobilité des Canadiens et les nombreux traits communs de la loi de diverses provinces ainsi que la nature essentiellement unitaire du système judiciaire canadien, je ne vois pas la nécessité d'une règle invariable voulant que l'affaire ouvre également droit à une action dans la province du tribunal saisi. Il me semble que c'est là un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer s'il existe, avec le tribunal saisi, un lien réel et substantiel qui justifie l'exercice de sa compétence. Tout problème qui risquerait de surgir pourrait, à mon sens, être résolu par une application sensée de la règle du *forum non conveniens*.

Voir également *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, 2001 CSC 91, par. 51, où le

Binnie J. for the Court remarked: "The Trustees rely on the principles of international comity but, as pointed out by this Court in *Morguard*, *supra*, the considerations underlying rules of comity apply with even greater force between the units of a federal state than they do internationally". In my view, there is nothing in these cases that supports the appellants' contention that the constitutional "real and substantial connection" criterion is required in addition to the jurisdiction provisions found in Book Ten of the *C.C.Q.*

(ii) *The private international law scheme of Book Ten of the C.C.Q.*

As mentioned above, Book Ten of the *C.C.Q.* sets out the private international law rules for the Province of Quebec and must be read as a coherent whole and in light of the principles of comity, order and fairness. In my view, it is apparent from the explicit wording of art. 3148, as well as the other provisions of Book Ten, that the system of private international law is designed to ensure that there is a "real and substantial connection" between the action and the province of Quebec and to guard against the improper assertion of jurisdiction.

Looking at the wording of art. 3148 itself, it is arguable that the notion of a "real and substantial connection" is already subsumed under the provisions of art. 3148(3), given that each of the grounds listed (fault, injurious act, damage, contract) seems to be an example of a "real and substantial connection" between the province of Quebec and the action. Indeed, I am doubtful that a plaintiff who succeeds in proving one of the four grounds for jurisdiction would not be considered to have satisfied the "real and substantial connection" criterion, at least for the purposes of jurisdiction *simpliciter*.

Next, from my examination of the system of rules found in Book Ten, it seems that the "real and substantial connection" criterion is captured in other provisions, to safeguard against the improper

juge Binnie a fait remarquer au nom de notre Cour : « Les syndics invoquent les principes de la courtoisie internationale mais, comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Morguard*, précité, [. . .] les considérations qui sous-tendent les règles de courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral qu'elles le font sur le plan international ». À mon avis, rien dans ces arrêts n'étaye la prétention des appelantes selon laquelle il faut satisfaire au critère constitutionnel du « lien réel et substantiel » en plus des dispositions relatives à la compétence qui figurent dans le Livre dixième du *C.c.Q.*

(ii) *Le régime de droit international privé prévu au Livre dixième du C.c.Q.*

55 Comme nous l'avons mentionné précédemment, le Livre dixième du *C.c.Q.* énonce les règles de droit international privé applicables dans la province de Québec. Les dispositions de ce livre doivent s'interpréter comme un tout cohérent et en fonction des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité. Selon moi, il ressort des termes explicites de l'art. 3148 et des autres dispositions du Livre dixième que ce système de droit international privé vise à assurer la présence d'un « lien réel et substantiel » entre l'action et la province de Québec, et à empêcher l'exercice inapproprié de la compétence du for québécois.

56 À l'examen du libellé même de l'art. 3148, on peut soutenir que la notion de « lien réel et substantiel » se trouve déjà subsumée sous les dispositions du par. 3148(3). En effet, chacun des motifs énumérés (la faute, le fait dommageable, le préjudice, le contrat) semble être un exemple de situations qui constituent un « lien réel et substantiel » entre la province de Québec et l'action. En fait, je doute que le demandeur qui réussit à prouver l'un des quatre motifs d'attribution de compétence, ne soit pas considéré comme ayant satisfait au critère du « lien réel et substantiel », du moins aux fins de la simple reconnaissance de compétence.

57 Ensuite, après examen du système de règles contenues dans le Livre dixième, il me semble que le critère du « lien réel et substantiel » s'incarne dans d'autres dispositions afin d'offrir une protection

assumption of jurisdiction. In particular, it is my opinion that the doctrine of *forum non conveniens*, as codified at art. 3135, serves as an important counterweight to the broad basis for jurisdiction set out in art. 3148. In this way, it is open to the appellants to demonstrate, pursuant to art. 3135, that although there is a link to the Quebec authorities, another forum is, in the interests of justice, better suited to take jurisdiction.

58 There is abundant support for the proposition that art. 3148 sets out a broad basis for jurisdiction. As Emanuelli, *supra*, remarks at p. 91:

[TRANSLATION] In practice, a number of recent judicial decisions have based the jurisdiction of Quebec courts on the fact that damage had been suffered in Quebec. This criterion, which has been broadly interpreted in the case law, thus enables the international jurisdiction of these courts to be expanded. In fact, in the majority of cases, it enables the plaintiff's courts to assume jurisdiction. [Emphasis added.]

(See *M.N.C. Multinational Consultants Inc./ Consultants Multinational inc. v. Dover Corp.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-17-001977-977, April 21, 1998, J.E. 98-1179; *Gestion M.P.F. inc. v. 9024-3247 Québec inc.*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-05-002963-962, July 2, 1997, J.E. 97-1706; *Transport McGill ltée v. N.T.S. inc.*, C.Q. Montréal, No. 500-02-018173-950, November 13, 1995, J.E. 96-166; and *Morales Moving and Storage Co. v. Chatigny Bitton*, [1996] R.D.J. 14 (C.A.).)

59 This approach was confirmed in the minority reasons of Philippon J. (*ad hoc*) in *Quebecor Printing*, *supra*. Philippon J. would have dismissed the appeal, based on the interconnected scheme of the various provisions of Book Ten and, in particular, the interplay between the jurisdictional and *forum non conveniens* questions. Philippon J.'s approach allows for a broad basis for jurisdiction, and tests the "real and substantial connection" requirement more stringently when examining the *forum non conveniens* argument. As he explained, in para. 32:

contre l'exercice injustifié de compétence de la part d'un tribunal. Plus particulièrement, à mon avis, la doctrine du *forum non conveniens*, telle que codifiée à l'art. 3135, constitue un contrepoids important à la large assise juridictionnelle prévue à l'art. 3148. Ainsi, les appelantes peuvent démontrer, en conformité avec l'art. 3135, que malgré l'existence d'un lien avec les autorités du Québec, il y a un autre tribunal qui, dans l'intérêt de la justice, est mieux à même d'exercer sa compétence.

Est amplement étayée la thèse selon laquelle l'art. 3148 prévoit une large assise juridictionnelle. Comme le fait remarquer Emanuelli, *op. cit.*, p. 91 :

En pratique, plusieurs décisions judiciaires récentes ont fondé la compétence des tribunaux québécois sur le fait qu'un préjudice avait été subi au Québec. Interprété largement par la jurisprudence, ce critère permet ainsi d'étendre la compétence internationale de ces tribunaux. En effet, dans la plupart des cas, il permet d'établir la compétence des tribunaux du demandeur. [Je souligne.]

(Voir *M.N.C. Multinational Consultants Inc./ Consultants Multinational inc. c. Dover Corp.*, C.S. Montréal, n° 500-17-001977-977, 21 avril 1998, J.E. 98-1179; *Gestion M.P.F. inc. c. 9024-3247 Québec inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-05-002963-962, 2 juillet 1997, J.E. 97-1706; *Transport McGill ltée c. N.T.S. inc.*, C.Q. Montréal, n° 500-02-018173-950, 13 novembre 1995, J.E. 96-166; et *Morales Moving and Storage Co. c. Chatigny Bitton*, [1996] R.D.J. 14 (C.A.).)

Le juge Philippon (*ad hoc*) a confirmé cette analyse dans les motifs minoritaires qu'il a rendus dans l'arrêt *Quebecor Printing*, précité. Il aurait rejeté l'appel en se fondant sur l'interrelation des différentes dispositions contenues dans le Livre dixième et, plus particulièrement, sur l'interaction entre les questions relatives à la compétence et celles relatives au *forum non conveniens*. L'analyse du juge Philippon reconnaît l'existence d'une large assise juridictionnelle, et dans l'examen de l'argument du *forum non conveniens*, elle scrute l'exigence du « lien réel et substantiel » d'une manière plus rigoureuse. Il explique (au par. 32) :

[TRANSLATION] Such an application of the concept of damage can result in the recognition of a jurisdiction that proves to be disproportionate. If that happens, it is at the stage of applying the doctrine of *forum non conveniens* that the problem must be dealt with, as in the case where, by analogy, according to the authors Goldstein and Groffier, a collateral obligation of minimal value could be a basis to assume jurisdiction. [Footnote omitted.]

(See also Goldstein and Groffier, *supra*, at p. 359.)

Une telle application de la notion de préjudice peut entraîner la reconnaissance d'une compétence qui s'avère exorbitante. Si tel est le cas, c'est au stade de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* que le problème doit être abordé, comme dans le cas où, par analogie, selon les auteurs Goldstein et Groffier, une obligation accessoire d'une valeur minime pourrait fonder la compétence. [Notes en bas de page omises.]

(Voir également Goldstein et Groffier, *op. cit.*, p. 359.)

In Glenn, "Droit international privé", *supra*, at p. 754, the author also remarks on the interplay between the jurisdictional criteria under art. 3148 and the *forum non conveniens* doctrine under art. 3135:

60 Dans l'article « Droit international privé » de Glenn, *loc. cit.*, p. 754, l'auteur fait également des remarques sur l'interaction entre les critères de compétence prévus à l'art. 3148 et la doctrine du *forum non conveniens* prévue à l'art. 3135 :

[TRANSLATION] The complexity of modern-day civil liability disputes raises the possibility that the application of article **3148**, and in particular para. 3, can be moderated by the concepts of *forum non conveniens* and forum of necessity (arts. **3135** and **3136**).

La complexité des litiges contemporains en matière de responsabilité civile ouvre la possibilité que l'application de l'article **3148**, para. 3, en particulier, soit tempérée par les notions de *forum non conveniens* et de forum de nécessité (art. **3135** à **3136**).

I note that STS argues that the criterion of damage in art. 3148(3) should be read narrowly and refers to cases decided by the European Court of Justice under the *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, September 27, 1968 ("*Brussels Convention*"). In my view, it is important to note that, unlike the *C.C.Q.*, the *Brussels Convention* does not provide the same safeguard against the inappropriate exercise of jurisdiction, namely, the power to stay actions on the basis of *forum non conveniens* or otherwise (see *Cheshire and North's Private International Law*, *supra*, at pp. 330-31). It is perhaps understandable, then, that the European Court of Justice would seek to interpret the jurisdictional ground of the *Brussels Convention* in a narrower fashion than would a court who enjoys a further discretionary power to decline jurisdiction.

61 Je souligne que STS fait valoir que le critère fondé sur le préjudice au par. 3148(3) devrait recevoir une interprétation restrictive. Sur ce point, elle s'en remet à des décisions de la Cour européenne de justice fondées sur la *Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 27 septembre 1968 (« *Convention de Bruxelles* »). À mon avis, il est important de souligner que, contrairement au *C.c.Q.*, la *Convention de Bruxelles* ne fournit pas la même protection contre l'exercice inapproprié de compétence, savoir le pouvoir de suspendre les actions sur la base du *forum non conveniens* ou sur une autre base (voir *Cheshire and North's Private International Law*, *op. cit.*, p. 330-331). On s'explique alors peut-être mieux pourquoi la Cour européenne de justice cherche à interpréter le motif d'attribution de compétence de la *Convention de Bruxelles* de manière plus restreinte que le ferait un tribunal bénéficiant d'un autre pouvoir discrétionnaire lui permettant de se déclarer incompétent.

In addition, it is important to bear in mind that other private international law rules set out under Book Ten of the *C.C.Q.* also appear to ensure that the "real and substantial connection" criterion is respected. For example, a substantial connection

62 Il est également important de se rappeler que d'autres règles de droit international privé énoncées au Livre dixième du *C.c.Q.* contribuent à assurer le respect du critère du « lien réel et substantiel ». Par exemple, l'exigence d'un lien substantiel représente

requirement is also a prerequisite for the recognition of the jurisdiction of foreign courts under art. 3164 *C.C.Q.* Also, in matters of choice of law, art. 3126 *C.C.Q.* calls for an application of the principle of *lex loci delicti*, the law of the jurisdiction where the tort or wrong is considered to have occurred; see: H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2nd ed. 2001), at p. 333. Article 3082 *C.C.Q.* serves as an exception to this rule in circumstances where it is clear that the matter is only remotely connected with the legal system prescribed by art. 3126 and is much more closely connected with the law of another country. Therefore, by giving effect to the proximity principle, it seems that art. 3082 operates in the context of choice of law in a manner similar to which art. 3135 (*forum non conveniens*) functions in the context of choice of jurisdiction.

63 In the case at bar, it seems reasonable to conclude that the requirement for a "real and substantial connection" between the action and the authority asserting jurisdiction is reflected in the overall scheme established by Book Ten. In my view, the appellants have not provided, nor does there seem to be, given the context of this case, any basis for the courts to apply the *Morguard* constitutional principle in order to safeguard against this action being heard in a forum with which it has no real and substantial connection.

64 At this point, assuming for the sake of argument that this appeal would fall to be decided under a pure "real and substantial connection test", without any reference to the provisions of the code, it is interesting to note that the result would not change. For example, the connecting factors listed below in the review of the application of the doctrine of *forum non conveniens* point to a sufficient connection with the Quebec forum, which would support the decision of the trial judge to retain jurisdiction over the claim. As this case concerns the initial assumption of jurisdiction by a court, it would be premature to enter into any discussion of the application of the "real and substantial connection test" in respect of the recognition and enforcement of interprovincial judgments. The question may have to be addressed

une condition préalable pour reconnaître la compétence des tribunaux étrangers suivant l'art. 3164 *C.c.Q.* Aussi, dans les questions relatives au choix de la loi applicable, l'art. 3126 *C.c.Q.* commande qu'on applique le principe de la *lex loci delicti*, la loi du lieu où le délit ou quasi-délit est considéré avoir été commis; voir : H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2e éd. 2001), p. 333. L'article 3082 *C.c.Q.* constitue l'exception à cette règle dans des circonstances où il est manifeste que l'affaire n'a qu'un lien éloigné avec le système juridique prescrit par l'art. 3126 et beaucoup plus étroit avec la loi d'un autre État. Par conséquent, en donnant effet au principe de proximité, il semble que l'art. 3082 s'applique dans le contexte du choix de la loi applicable d'une manière similaire à l'art. 3135 (*forum non conveniens*), lequel s'applique dans le contexte du choix d'un ressort.

En l'espèce, il paraît raisonnable de conclure que l'exigence relative à l'existence d'un « lien réel et substantiel » entre l'action et l'autorité qui se déclare compétente se dégage de l'économie générale du Livre dixième. À mon avis, les appelantes n'ont fourni aucun motif permettant aux tribunaux d'appliquer le principe constitutionnel établi dans l'arrêt *Morguard* — aucun ne semble ressortir non plus compte tenu du contexte de la présente affaire — de manière à empêcher qu'un tribunal qui n'a aucun lien réel et substantiel avec l'action n'en soit saisi.

À ce stade-ci, tenant pour acquis, à titre d'exemple, que le présent appel devrait être jugé purement et simplement en fonction du « critère du lien réel et substantiel », sans aucune référence aux dispositions du code, il est intéressant de souligner que l'issue resterait la même. Ainsi, les facteurs de rattachement énumérés plus loin dans l'examen de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* laissent entrevoir un lien suffisant avec le tribunal du Québec, ce qui appuierait la décision du juge du procès de se reconnaître compétent pour statuer sur la demande. Comme cette affaire vise l'attribution initiale de compétence par un tribunal, il serait prématuré de discuter de l'application du « critère du lien réel et substantiel » relativement à la reconnaissance et à la mise à exécution des décisions

when it comes up, in a proper case, where issues arising out of the drafting of arts. 3164 and 3168 *C.C.Q.* could be reviewed in light of the constitutional principle of comity which governs the recognition and enforcement of interprovincial judgments.

3. Even if the Quebec courts are competent in the present matter, should jurisdiction be declined on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*, pursuant to art. 3135 *C.C.Q.*?

Only two of the four appellants, Motient and Viacom, sought to dismiss the proceedings on the basis of *forum non conveniens* before the motions judge. The Quebec Court of Appeal did not hear the parties on the question because it was of the opinion that there was no merit to the argument, presumably on the basis of the motions judge's reasons and because only two of the appellants argued this ground.

Before this Court, Motient and Viacom argue that the motions judge erred in requiring that the applicant be able to point to the existence of the one "most appropriate forum" because such reasoning would virtually bar the application of the doctrine in multi-jurisdictional or multi-party disputes. Case law recognizes that there may well be cases where the best that can be achieved is to select an appropriate forum since no one forum is clearly more appropriate than others. The appellants argue that there are two other clearly more appropriate *fora*, namely California and Virginia.

The respondent contends that a judge presented with a motion on the ground of *forum non conveniens* must consider a number of factors to determine if there is an exceptional situation that warrants the declining of jurisdiction, none of which are individually determinant. If after considering the applicable factors the court does not have a clear impression that a foreign jurisdiction would be better suited to hear the case, the court must refuse to decline jurisdiction. The respondent argues that the motions

interprovinciales. Il se peut que l'on doive attendre, pour traiter de la question, qu'elle se pose dans une instance appropriée, dans laquelle les questions que soulève le libellé des art. 3164 et 3168 *C.c.Q.* pourront être étudiées compte tenu du principe constitutionnel de courtoisie qui régit la reconnaissance et l'exécution des décisions interprovinciales.

3. Même si les tribunaux québécois sont compétents en l'espèce, devraient-ils se déclarer incompétents selon la doctrine du *forum non conveniens*, conformément à l'art. 3135 *C.c.Q.*?

Des quatre appelantes, seulement deux, Motient et Viacom, ont demandé à la juge des requêtes de rejeter l'action sur la base du *forum non conveniens*. La Cour d'appel du Québec n'a pas entendu les parties sur cette question parce qu'elle a estimé que l'argument n'était pas fondé, probablement en raison des motifs de la juge des requêtes et parce que seulement deux des appelantes ont fait valoir ce moyen. 65

Devant notre Cour, Motient et Viacom soutiennent que la juge des requêtes a commis une erreur en exigeant de la demanderesse qu'elle établisse l'existence du [TRADUCTION] « tribunal le plus approprié » parce qu'un tel raisonnement interdirait, en pratique, l'application de la doctrine dans le cadre de litiges touchant plusieurs ressorts ou faisant intervenir plusieurs parties. La jurisprudence reconnaît qu'il peut exister des cas où l'on peut tout au plus choisir un tribunal approprié puisqu'aucun n'est nettement plus approprié que les autres. Les appelantes soutiennent que deux autres ressorts sont nettement plus appropriés, savoir la Californie et la Virginie. 66

L'intimée prétend qu'un juge saisi du moyen déclinatoire du *forum non conveniens* doit considérer plusieurs facteurs afin de déterminer s'il est en présence d'une situation exceptionnelle justifiant qu'il décline sa compétence, aucun de ces facteurs n'étant déterminant en soi. Si, après avoir pris en considération les facteurs applicables, le tribunal n'a pas l'impression nette qu'un tribunal étranger est mieux à même de trancher le litige, il doit alors refuser de décliner compétence. Selon l'intimée, la 67

judge correctly determined that the appellants did not demonstrate that another forum was more appropriate.

68 The provision in question reads as follows:

> **3135.** Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

69 Aside from the requirement that the party relying on the doctrine must bring an application for dismissal, the two key parts of art. 3135 include its exceptional nature and the requirement that another country be in a better position to decide (see E. Groffier, *La réforme du droit international privé québécois: supplément au Précis de droit international privé québécois* (1993), at p. 130).

70 These two features of the *forum non conveniens* doctrine set out in art. 3135 are consistent with the common law requirements set out by the House of Lords in the seminal case, *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460, at p. 476, as well as this Court in *Amchem*, *supra*, at pp. 919-921, and *Holt Cargo*, *supra*, at para. 89. In *Holt Cargo*, this Court interpreted s. 50 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, which essentially includes the same two requirements. It reads as follows:

> **50.** (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,
>
> (*a*) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or
>
> (*b*) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

In the case at bar, I agree with the respondent's submission that the motions judge did not err in finding that no other jurisdiction was clearly more appropriate than Quebec and that no exceptional exercise of this power was warranted.

71 With respect to the first requirement, a number of cases have set out the relevant factors to consider when deciding whether or not the authorities

juge des requêtes a eu raison de conclure que les appelantes n'avaient pas démontré qu'un autre tribunal était plus approprié.

Voici le texte de la disposition en cause :

> **3135.** Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

Sous réserve de l'obligation pour la partie qui invoque la doctrine de présenter une demande de rejet d'action, deux éléments essentiels ressortent du texte de l'art. 3135 : sa nature exceptionnelle et l'exigence qu'un autre État soit mieux à même de trancher le litige (voir E. Groffier, *La réforme du droit international privé québécois : supplément au Précis de droit international privé québécois* (1993), p. 130).

Ces deux caractéristiques de la doctrine du *forum non conveniens*, énoncées à l'art. 3135, sont conformes à l'exigence de common law énoncée par la Chambre des lords dans l'arrêt de principe *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460, p. 476, et par notre Cour dans les arrêts *Amchem*, précité, p. 919-921, et *Holt Cargo*, précité, par. 89. Dans l'arrêt *Holt Cargo*, notre Cour a interprété l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, lequel comporte essentiellement les deux mêmes exigences. Voici le texte :

> **50.** (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :
>
> *a*) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;
>
> *b*) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

En l'espèce, je reconnais, comme l'intimée, que la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant qu'aucune autre juridiction n'était manifestement plus appropriée que le Québec et que l'exercice exceptionnel de ce pouvoir n'était pas justifié.

S'agissant de la première exigence, de nombreuses décisions ont établi les critères pertinents dont il faut tenir compte pour décider si les autorités d'un

of another country must be in a better position to decide the matter. The motions judge (at para. 18) referred to the 10 factors listed by the Quebec Court of Appeal in the recent case, *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] Q.J. No. 2059 (QL), at para. 18, none of which are individually determinant:

1) The parties' residence, that of witnesses and experts;
2) the location of the material evidence;
3) the place where the contract was negotiated and executed;
4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
5) the location of Defendant's assets;
6) the applicable law;
7) advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
8) the interest of justice;
9) the interest of the parties;
10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

Motient and Viacom dispute the motion judge's conclusion with respect to several factors. First, none of the appellants are domiciled or resident in Quebec and the respondent is domiciled in Ontario. Second, the respondent no longer owns or operates the branch office and plant which manufactured the satellite payload in Quebec. Third, the fault alleged against the appellants would have been committed in either California or Virginia and the majority of witnesses for the defence reside in the United States: in Virginia, California, Pennsylvania and New York. And finally, neither Motient nor Viacom have any significant assets in Quebec and any potential judgment rendered would have to be executed abroad.

In this case, I agree with the motions judge that since all the witnesses and parties are from different places, there is not one single preferable location in this respect. The evidence of the tortious act and its immediate consequences is likely to be found in either Virginia or California. The assets of

autre État doivent être mieux à même de trancher le litige. La juge des requêtes (au par. 18) s'est reportée aux dix critères que la Cour d'appel du Québec a énumérés récemment dans l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. nº 2059 (QL), par. 18, dont aucun n'est déterminant en soi :

1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;
2) la situation des éléments de preuve;
3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
5) la situation des biens appartenant au défendeur;
6) la loi applicable au litige;
7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
8) l'intérêt de la justice;
9) l'intérêt des deux parties;
10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

72 Motient et Viacom se fondent sur plusieurs critères pour contester la conclusion de la juge des requêtes. Premièrement, aucune des appelantes n'a son domicile ou sa résidence au Québec et l'intimée est domiciliée en Ontario. Deuxièmement, l'intimée n'est plus la propriétaire de la filiale et de l'usine où a eu lieu la fabrication de la charge utile du satellite au Québec, ou elle ne les exploite plus. Troisièmement, la faute alléguée contre les appelantes aurait été commise soit en Californie soit en Virginie et la plupart des témoins de la défense résident aux États-Unis : en Virginie, en Californie, en Pennsylvanie et à New York. Enfin, ni Motient ni Viacom ne possèdent de biens importants au Québec et tout jugement éventuel devrait être exécuté à l'étranger.

73 En l'espèce, comme la juge des requête, j'estime que tous les témoins et toutes les parties étant situés dans des endroits différents, aucun endroit en particulier n'est préférable à cet égard. Il est fort probable que la preuve de l'acte délictuel et de ses effets immédiats se trouve en Virginie ou en Californie.

the defendants are all located in the United States. It is not yet known which law will be applicable to the action, so this factor is not determinant. Since the defendants' assets are likely to be found in several different jurisdictions in the United States, recovery by the respondent of any damages that it is awarded will require potentially more than one jurisdiction to recognize the judgment. I also note that the respondent's witness, Gerald Bush, testified that Motient sent representatives to stay at the Ste-Anne-de-Bellevue facility for more than a year (A.R., at pp. 92-94). In my opinion, the apparent willingness of Motient to displace some of its staff to conduct business with the respondent in Quebec seems at odds with its current complaint of *forum non conveniens*.

74 The appellants attempt to argue that $50,000 for damage to reputation is not a substantial enough amount of damages for the action to be linked to the Province of Quebec. Although I agree that the amount of the damages can potentially be a factor to consider in deciding an art. 3135 application, I do not believe it is relevant in the case at bar. The appellants have not proven that the claim for these damages is frivolous and there are no other proceedings pending between the parties in another jurisdiction, which may be relevant if the respondent were trying to needlessly divide the claim. In any case, the $50,000 claim for damage to reputation may increase as the pleadings of the respondent characterize the $50,000 damages claim as being "nominal" only "provisionally" and "subject to Plaintiff's right to amend" because it was not able to precisely quantify them when the action was filed.

75 The appellants Motient and Viacom nonetheless contend that the courts should not apply reasoning to the effect that the applicant must point to the existence of the one "most appropriate forum", since this makes it nearly impossible to displace the

Les biens des défenderesses se situent tous aux États-Unis. On ne sait pas encore quelle loi s'appliquera à l'action, ce critère n'est donc pas déterminant. Puisqu'il est fort probable que les biens des défenderesses se trouvent dans plusieurs ressorts différents aux États-Unis, si un tribunal accordait des dommages-intérêts à l'intimée, celle-ci devrait éventuellement demander à plus d'un ressort de reconnaître le jugement pour qu'elle puisse toucher ces dommages-intérêts. Je souligne également que le témoin de l'intimée, Gerald Bush, a témoigné que Motient avait envoyé des représentants en poste à l'installation de Ste-Anne-de-Bellevue pendant plus d'un an (D.A., p. 92-94). À mon avis, l'intention évidente de Motient de déplacer des membres de son personnel pour faire des affaires avec l'intimée au Québec semble incompatible avec le *forum non conveniens* qu'elle invoque actuellement.

Les appelantes tentent de faire valoir que le montant de 50 000 $ réclamés en dommages-intérêts pour atteinte à la réputation n'est pas suffisamment important pour lier l'action à la province de Québec. Je conviens que le montant réclamé en dommages-intérêts pourrait être un critère à considérer pour trancher une demande fondée sur l'art. 3135, mais je ne crois pas qu'il soit pertinent eu égard à la présente espèce. Les appelantes n'ont pas démontré le caractère frivole de la réclamation de ces dommages-intérêts et aucune autre procédure entre les parties n'est en instance dans un autre ressort, ce qui peut constituer des éléments pertinents si l'intimée tentait inutilement de séparer la réclamation. Quoi qu'il en soit, il se peut que la réclamation de 50 000 $ pour atteinte à la réputation soit augmentée puisque dans son acte de procédure, l'intimée précise que les 50 000 $ réclamés en dommages-intérêts sont [TRADUCTION] « symboliques », « réclamés à titre provisoire » seulement et « sous réserve du droit de la demanderesse de les modifier », celle-ci n'ayant pas été en mesure de les évaluer d'une manière précise au moment du dépôt de l'action.

Les appelantes Motient et Viacom prétendent néanmoins qu'il n'est pas opportun que les tribunaux appliquent un raisonnement qui oblige le requérant à établir l'existence du « tribunal le plus approprié », puisque de cette manière il est

forum asserted by the plaintiff. I cannot agree with the premise of the appellants' argument. In *Amchem*, *supra*, at pp. 911-12, Sopinka J. recognized that in international commerce, frequently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action, but rather several which are equally suitable alternatives. He appeared at p. 931 to endorse the idea that in such cases there is a presumption in favour of the forum selected by the plaintiff, which wins by default if there is no clearly preferable alternative.

Recent Quebec cases confirm this approach. In *Lexus Maritime*, *supra*, at para. 19, the Quebec Court of Appeal held that [TRANSLATION] ". . . if no clear impression emerges tending towards one single foreign forum, the court should accordingly refuse to decline jurisdiction particularly where the connecting factors are questionable" (footnotes omitted) (cited in *Matrox Graphics Inc. v. Ingram Micro Inc.*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-066637-016, November 28, 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688, at para. 23, *per* Morneau J.; *Consortium de la nutrition ltée v. Aliments Parmalat inc.*, [2001] Q.J. No. 104 (QL) (Sup. Ct.), at para. 18, *per* Tessier J.; and *Encaissement de chèque Montréal ltée v. Softwise inc.*, [1999] Q.J. No. 200 (QL) (Sup. Ct.), at para. 34, *per* Grenier J.).

In addition, it should be kept in mind that, when applying art. 3135, the motions or trial judge's discretion to decline to hear the action on the basis of *forum non conveniens* is only to be exercised exceptionally. This exceptional character is reflected in the wording of art. 3135 and is also emphasized in the case law. In particular, in *Amchem*, *supra*, at p. 931, Sopinka J. noted that the first step of the test for an anti-suit injunction set out in *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510 (P.C.), which involves asking whether the domestic forum is the natural forum, should be modified when a stay of proceedings is requested on the ground of *forum non conveniens*:

Under this test [the test for *forum non conveniens*] the court must determine whether there is another forum that

pratiquement impossible de modifier le ressort choisi par le demandeur. Je ne peux admettre la prémisse de l'argument des appelantes. Aux pages 911-912 de l'arrêt *Amchem*, précité, le juge Sopinka a admis qu'en matière de commerce international, il arrive souvent que plusieurs tribunaux soient également commodes ou appropriés pour connaître de l'action, sans qu'aucun ne se démarque avantageusement. Il a semblé admettre, à la p. 931, qu'il existe alors une présomption en faveur du tribunal choisi par le demandeur, qui l'emporte par défaut si aucun autre tribunal n'est nettement préférable.

76 La jurisprudence québécoise récente confirme cette analyse. Dans l'arrêt *Lexus Maritime*, précité, par. 19, la Cour d'appel du Québec a conclu que : « . . . s'il ne se dégage pas une impression nette tendant vers un seul et même forum étranger, le tribunal devrait alors refuser de décliner compétence particulièrement lorque les facteurs de rattachement sont contestables » (notes en bas de page omises) (cité dans *Matrox Graphics Inc. c. Ingram Micro Inc.*, C.S. Montréal, nº 500-05-066637-016, 28 novembre 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688, par. 23, la juge Morneau; *Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parmalat inc.*, [2001] J.Q. nº 104 (QL) (C.S.), par. 18, le juge Tessier; et *Encaissement de chèque Montréal ltée c. Softwise inc.*, [1999] J.Q. nº 200 (QL) (C.S.), le juge Grenier, par. 34).

77 Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que dans l'application de l'art. 3135, le pouvoir discrétionnaire de refuser de connaître de l'action selon le *forum non conveniens* ne doit être exercé par le juge des requêtes ou du procès que de manière exceptionnelle. Ce caractère exceptionnel se retrouve dans le libellé de l'art. 3135 et ressort également de la jurisprudence. Notamment dans *Amchem*, précité, p. 931, le juge Sopinka a souligné que la première étape du critère applicable à une demande d'injonction contre les poursuites énoncé dans *SNI Aérospatiale c. Lee Kui Jak*, [1987] 3 All E.R. 510 (C.P.), qui consiste à se demander si le tribunal interne est le tribunal logique, doit être modifié lorsque le tribunal est saisi d'une demande de suspension fondée sur le motif du *forum non conveniens* :

Selon ce critère, [le critère du *forum non conveniens*] le tribunal doit décider si un autre tribunal est nettement

is clearly more appropriate. The result of this change in stay applications is that where there is no one forum that is the most appropriate, the domestic forum wins out by default and refuses a stay, provided it is an appropriate forum. [Emphasis added.]

78 Sopinka J.'s reasoning is consistent with the approach taken by the Quebec courts in the case *Lamborghini (Canada) Inc. v. Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58, at pp. 67-68, where the Court of Appeal described the nature of art. 3135:

[TRANSLATION] Article 3135 C.C.Q. does not establish a sovereign rule of judicial discretion, which continues to be subordinate to the rules of jurisdiction established by the law and collateral to it.

However, the mechanism established in article 3135 remains flexible. It does not specifically set out immutable or limiting factors, but allows the court to consider the circumstances. If it concludes that the defendant has clearly established that the circumstances of the case as a whole allow the court to find that a foreign court or a court in another province is a more appropriate forum, the court may stay the proceeding in Quebec by deciding that it must instead be commenced or continued outside the territorial jurisdiction of the Quebec courts. The application of article 3135 C.C.Q. presupposes that the defendant has been properly brought before the Quebec forum. Once that has been done, the article gives the defendant an opportunity to avoid this "natural" jurisdiction, established in accordance with the legal connecting factors, by requesting that the case be referred to a foreign court, if the defendant can show that that court is the most appropriate. However, the application of the article does not permit the creation of a jurisdiction that would not otherwise exist, but instead creates selective restrictions on the jurisdiction resulting from the application of the connecting factors recognized by the law.

(Also cited in *Barré v. J.J. MacKay Canada ltée*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-17-000355-984, September 28, 1998, J.E. 99-27, at p. 6.)

79 Academic commentary also shares the view that the doctrine of *forum non conveniens* is to be applied exceptionally. In "Interpreting the rules of private international law", *supra*, at p. 55, Talpis and Castel remark that:

The starting point should be the principle that the plaintiff's choice of forum should only be declined exceptionally, when the defendant would be exposed to great

plus approprié. Cette modification a pour effet dans les cas de demande de suspension que lorsque aucun tribunal n'est le plus approprié, le tribunal interne l'emporte ipso facto et refuse la suspension, à la condition d'être un tribunal approprié. [Je souligne.]

Le raisonnement du juge Sopinka est compatible avec l'analyse des tribunaux du Québec dans l'affaire *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58, p. 67-68, où la Cour d'appel a décrit la nature de l'art. 3135 :

L'article 3135 C.C.Q. n'établit pas une règle souveraine de discrétion judiciaire, celle-ci demeurant subordonnée aux règles de compétence fixées par la loi et accessoire à celle-ci.

Cependant, le mécanisme mis sur pied établi par l'article 3135 reste souple. Il n'énumère pas spécifiquement des facteurs immuables ou limitatifs, mais laisse le tribunal juger les circonstances. S'il conclut que le défendeur a établi clairement que l'ensemble des circonstances de l'affaire permettent de conclure qu'une cour étrangère ou celle d'une autre province constitue un forum mieux approprié, il pourra arrêter la poursuite au Québec en décidant qu'elle doit être plutôt engagée ou continuée à l'extérieur du ressort territorial des tribunaux québécois. L'application de l'article 3135 C.C.Q. suppose que le défendeur a été correctement assigné devant le for québécois. Une fois ceci fait, il lui laisse une occasion de se soustraire à cette compétence en quelque sorte naturelle, établie selon les facteurs de rattachement légaux, pour réclamer le renvoi devant un tribunal extérieur, s'il peut démontrer la plus grande convenance de celui-ci. Elle ne permet toutefois pas la création d'une compétence qui n'existerait pas autrement, mais plutôt des restrictions ponctuelles à la compétence résultant de l'application des facteurs de rattachement reconnus par la loi.

(Cité également dans la décision *Barré c. J.J. MacKay Canada ltée*, C.S. Longueuil, n° 505-17-000355-984, 28 septembre 1998, J.E. 99-27, p. 6.)

La doctrine est aussi d'avis que la règle du *forum non conveniens* ne doit s'appliquer que de manière exceptionnelle. Dans « Interprétation des règles du droit international privé », *loc. cit.*, les professeurs Talpis et Castel font remarquer à la p. 902 :

Il faut partir du principe que le choix du tribunal par le demandeur ne doit être écarté qu'exceptionnellement, lorsque le défendeur serait exposé à subir une injustice

injustice as a result. Quebec courts must find a balance between the advantages and disadvantages for the parties when the plaintiff chooses a Quebec court. They should only decline jurisdiction if the balance tilts toward the foreign court. [Emphasis added.]

sévère à la suite de ce choix. Le tribunal québécois doit s'efforcer de rechercher un équilibre entre les avantages et les inconvénients pour les parties qui résultent du choix fait par le demandeur du tribunal québécois. Ce n'est que si cet équilibre est rompu en faveur du tribunal étranger qu'il doit décliner sa compétence. [Je souligne.]

In this case, I see no error on the part of the motions judge and therefore no reason to disturb her exercise of discretion. As Binnie J. observed in *Holt Cargo*, *supra*, at para. 98:

80 En l'espèce, comme je ne trouve aucune erreur de la part de la juge des requêtes, je ne vois donc aucune raison d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Comme le juge Binnie l'a fait observer dans l'arrêt *Holt Cargo*, précité, par. 98 :

In summary, the trial judge considered the relevant factors in reaching his conclusion that the Federal Court was the appropriate forum to resolve the respondent's claim. He committed no error of principle and did not refuse "to take into consideration a major element for the determination of the case": *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 77. In the absence of error, we are not entitled to interfere with the exercise of his discretion.

En résumé, le juge de première instance a tenu compte des facteurs pertinents pour conclure que la Cour fédérale était le tribunal compétent pour régler la réclamation de l'intimée. Il n'a commis aucune erreur de principe et n'a pas refusé « de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce » : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 588; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 77. En l'absence d'erreur, nous n'avons pas le droit d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

See also *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92, at para. 58, and *Lexus Maritime*, *supra*, at para. 16, where the Quebec Court of Appeal remarked: [TRANSLATION] ". . . the court of first instance has a broad discretion".

Voir également *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92, par. 58, et *Lexus Maritime*, précité, par. 16, où la Cour d'appel du Québec a fait remarquer : « . . . le tribunal de première instance possède une large discrétion ».

I emphasize the exceptional quality of the *forum non conveniens* doctrine. As the authors J. A. Talpis and S. L. Kath point out in their article "The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point" (2000), 34 *R.J.T.* 761, by ignoring the "exceptionality" requirement, courts may unwittingly create uncertainty and inefficiency in cases involving private international law issues, resulting in greater costs for the parties. In my opinion, such uncertainty could seriously compromise the principles of comity, order and fairness, the very principles the rules of private international law are set out to promote.

81 J'insiste sur la nature exceptionnelle de la doctrine du *forum non conveniens*. Comme les auteurs J. A. Talpis et S. L. Kath l'ont indiqué dans leur article intitulé « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law : *Cambior*, a Case in Point » (2000), 34 *R.J.T.* 761, en n'accordant aucune considération à l'exigence du « caractère exceptionnel », les tribunaux peuvent involontairement créer de l'incertitude et de l'inefficacité dans les affaires où des questions de droit international privé se posent, entraînant du coup des frais plus élevés pour les parties. À mon avis, une telle incertitude pourrait gravement compromettre les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité, principes mêmes dont les règles du droit international privé sont supposées favoriser la mise en œuvre.

82 Given the exceptional nature of the doctrine as reflected in the wording of art. 3135 *C.C.Q.*, and in light of the fact that discretionary decisions are not easily disturbed, in my view, the appellants have not established the conditions that would have compelled the Quebec Superior Court to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*.

VII. Conclusion and Disposition

83 For these reasons, at the end of the hearing, I agreed with my colleagues that the appeal should be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Hughes Communications Inc.: Irving, Mitchell & Associates, Montréal.

Solicitors for the appellant Viacom Inc.: Spiegel Sohmer, Montréal.

Solicitors for the appellant Motient Corporation: Woods & Partners, Montréal.

Solicitors for the appellant Adaptative Broadband Corporation: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent Spar Aerospace Limited: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Vu la nature exceptionnelle de la doctrine qui ressort du libellé de l'art. 3135 *C.c.Q.*, et compte tenu que les décisions discrétionnaires ne sont pas facilement modifiées, j'estime que les appelantes n'ont pas établi les conditions qui auraient pu forcer la Cour supérieure du Québec à décliner sa compétence en raison du *forum non conveniens*.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, à la fin de l'audience, j'ai convenu avec mes collègues qu'il y avait lieu de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Hughes Communications Inc. : Irving, Mitchell & Associates, Montréal.

Procureurs de l'appelante Viacom Inc. : Spiegel Sohmer, Montréal.

Procureurs de l'appelante Motient Corporation : Woods & Partners, Montréal.

Procureurs de l'appelante Adaptative Broadband Corporation : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimée Spar Aerospace Limitée : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2002 Vol. 4

Cited as [2002] 4 S.C.R. 245-428

2e cahier, 2002 Vol. 4

Renvoi [2002] 4 R.C.S. 245-428

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2003.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

CONTENTS

373409 Alberta Ltd. (Receiver of) *v.* Bank of Montreal.....312

Banks and banking operations — Bills of exchange — Conversion — Sole shareholder and directing mind of A and B corporations altering cheque payable to A by adding B as a payee — Bank accepting unendorsed cheque for deposit in B's account — Bank crediting B's account and shareholder later withdrawing funds — Whether Bank liable in conversion.

Nova Scotia (Attorney General) *v.* Walsh 325

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples discriminatory within meaning of s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

Family law — Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples from definition of spouse constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

R. *v.* Harvey 311

Criminal law — Similar fact evidence — Sexual assault — Trial judge not erring in excluding similar fact evidence.

R. *v.* Squires 323

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Charge to jury giving rise to reasonable likelihood that jury misapprehended correct standard of proof.

Wewaykum Indian Band *v.* Canada 245

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Content of Crown's fiduciary duty before and after reserve is created.

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether Crown breached its fiduciary duty — Whether "equitable" remedies available — Whether defences of laches and acquiescence apply.

Continued on next page

SOMMAIRE

373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) *c.* Banque de Montréal.....312

Banques et opérations bancaires — Lettres de change — Détournement — L'unique actionnaire et l'âme dirigeante des sociétés A et B a modifié le libellé du chèque payable à A en y ajoutant B en qualité de preneur — La banque a accepté le chèque non endossé pour le déposer au compte de B et l'actionnaire a par la suite retiré les fonds — La banque est-elle responsable de détournement?

Bande indienne Wewaykum *c.* Canada.....245

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Étendue de cette obligation avant et après la création des réserves.

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire? — Des recours en « equity » peuvent-ils être exercés? — Les défenses d'acquiescement et de manque de diligence s'appliquent-elles?

Prescription — Cour fédérale — Actions intentées par des Indiens — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — Les actions des bandes sont-elles prescrites par la loi? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 14(3).

Nouvelle-Écosse (Procureur général) *c.* Walsh.....325

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

Droit de la famille — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Limitation of actions — Federal Court — Indian claims — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether bands' claims statute barred — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, s. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 14(3).

SOMMAIRE (Fin)

opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

R. *c.* Harvey **311**

Droit criminel — Preuve de faits similaires — Agression sexuelle — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en excluant la preuve de faits similaires.

R. *c.* Squires **323**

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meutre au premier degré — Exposé engendrant une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable.

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaykum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Respondents/Appellants*

and between

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite, and Lloyd Chickite, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band *Interveners*

INDEXED AS: WEWAYKUM INDIAN BAND *v.* CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 79.

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaykum (également connue sous le nom de Bande indienne de Campbell River) *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Intimés/Appelants*

et entre

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite et Lloyd Chickite, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE WEWAYKUM *c.* CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 79.

File No.: 27641.

2001: December 6; 2002: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Content of Crown's fiduciary duty before and after reserve is created.

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether Crown breached its fiduciary duty — Whether "equitable" remedies available — Whether defences of laches and acquiescence apply.

Limitation of actions — Federal Court — Indian claims — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether bands' claims statute barred — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, s. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 14(3).

Two bands of the Laich-kwil-tach First Nation claim each other's reserve land. Each reserve has been possessed by the incumbent band since the end of the 19th century. Neither band claims title based on an existing aboriginal or treaty right but each band, resting its claim on contemporaneous documentation of the Department of Indian Affairs, says it would possess *both* reserves but for breaches of fiduciary duty by the federal Crown. The bands seek declarations against each other and equitable compensation from the federal Crown. The Cape Mudge Band, the Wewaikai, seeks Reserve 11

N° du greffe : 27641.

2001 : 6 décembre; 2002 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Étendue de cette obligation avant et après la création des réserves.

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire? — Des recours en « equity » peuvent-ils être exercés? — Les défenses d'acquiescement et de manque de diligence s'appliquent-elles?

Prescription — Cour fédérale — Actions intentées par des Indiens — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — Les actions des bandes sont-elles prescrites par la loi? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 14(3).

Deux bandes appartenant à la Première nation Laich-kwil-tach se réclament mutuellement leur réserve respective. Chacune de ces réserves est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle. Aucune des deux bandes ne revendique de titre sur les terres litigieuses sur le fondement de droits existants — ancestraux ou issus de traités —, mais chacune d'elles, appuyant sa revendication sur des documents contemporains du ministère des Affaires indiennes, prétend que, n'eût été divers manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire, elle serait en possession

and the Campbell River Band, the Wewaykum, claims Reserve 12.

The claim of the Cape Mudge Band starts with the 1888 report of a federal government surveyor which recommended the creation of Reserves 11 and 12. These reserves were not identified as allocated to a particular band, but rather to the "Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians". The 1892 schedule of Indian reserves published by the Department of Indian Affairs, listing reserve allocations to bands, repeated this allocation. By 1900, Reserves 11 and 12 were shown on the schedule as allocated to the "Wewayakai [Cape Mudge] band". On numerically ordered lists of reserves, the name We-way-akay was inscribed opposite Reserve 7 and ditto marks were inscribed below that name opposite Reserves 8 to 12. The Cape Mudge Band on that basis claims both reserves although it was not, and never had been, in occupation of Reserve 11.

The claim of the Campbell River Band flows from a 1905 dispute between the two bands over fishing rights, which led to a dispute over possession of Reserve 11. In a 1907 Resolution, the Cape Mudge Band ceded any claim over Reserve 11 to the Campbell River Band subject to the retention of common fishing rights. The effect of the resolution was recorded in a change to the departmental schedule. The name of the "We-way-akum band" was entered opposite Reserve 11, but in what became known as the "ditto mark error", the ditto marks against Reserve 12, directly beneath it, remained unchanged. The Campbell River Band relies on the departmental schedule, as changed, as evidence of its right to both Reserve 11 and Reserve 12.

In 1912, the McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. It acknowledged that Reserve 11 was properly allocated to the Campbell River Band and noted the error with respect to Reserve 12 which, because of the ditto marks, appeared in the schedule as being also allocated to that band. In their respective submissions to the Commission, in accordance with actual incumbency, the Campbell River Band made no claim to Reserve 12 and the Cape

des *deux* réserves. Chaque bande sollicite un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne. La bande de Cape Mudge (les Wewaikai) revendique la réserve n^{o} 11 et la bande de Campbell River (les Wewaykum) revendique la réserve n^{o} 12.

L'origine de la revendication de la bande de Cape Mudge remonte au rapport préparé en 1888 par un arpenteur fédéral et recommandant la création des réserves n^{os} 11 et 12. Les réserves n'étaient attribuées à aucune bande en particulier, mais plutôt aux « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». Cette information fut répétée dans le répertoire des réserves indiennes publié par le ministère des Affaires indiennes en 1892, document indiquant à quelle bande était attribuée telle ou telle réserve. En 1900, le répertoire précisait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la « bande Wewayakai (Cape Mudge) ». Sur des listes énumérant les réserves en ordre numérique, le nom We-way-akay a été inscrit en regard de la réserve n^{o} 7 et des guillemets de répétition ont été inscrits sous ce nom vis-à-vis des réserves n^{os} 8 à 12. S'appuyant sur ces inscriptions, la bande de Cape Mudge revendique les deux réserves, même si elle n'occupait pas la réserve n^{o} 11 à l'époque et ne l'a jamais occupée.

La revendication de la bande de Campbell River découle d'un différend qui a éclaté en 1905 entre les deux bandes au sujet de droits de pêche et qui s'est étendu à la possession de la réserve n^{o} 11. Dans une résolution datée de 1907, la bande de Cape Mudge a cédé tout droit sur la réserve n^{o} 11 à la bande de Campbell River, conservant toutefois des droits de pêche conjoints. L'effet de la résolution a été consigné au moyen d'une modification apportée au répertoire ministériel. Le nom « bande We-way-akum » a été inscrit en regard de la réserve n^{o} 11, mais, par suite de ce qu'on a appelé l'« erreur des guillemets de répétition », les guillemets inscrits vis-à-vis de la réserve n^{o} 12, juste au-dessous du nom de la bande susmentionnée, n'ont pas été remplacés. La bande de Campbell River invoque le répertoire ministériel ainsi modifié comme preuve de son droit à la possession de la réserve n^{o} 11 et de la réserve n^{o} 12.

En 1912, la Commission McKenna McBride a visité les réserves dont on projetait l'établissement dans la région de Campbell River. La Commission a reconnu que la réserve n^{o} 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River et a relevé l'erreur commise relativement à la réserve n^{o} 12 qui, en raison des guillemets de répétition, était inscrite dans le répertoire comme étant attribuée à cette bande. Devant la Commission, respectant l'occupation qu'elles faisaient des réserves

Mudge Band made no claim to Reserve 11. However, the "ditto mark error" on the schedule was not corrected.

In 1924, by Orders-in-Council, the British Columbia government and the federal government adopted the McKenna McBride recommendations with respect to Reserves 11 and 12. In 1928, the Indian Commissioner recommended that Reserve 12, which had always been claimed by the Cape Mudge Band, should officially be recognized as belonging to that band and the federal schedule modified accordingly. Both bands retained legal counsel to investigate. In 1936 and 1937, each band issued a declaration listing its reserves. Neither band listed the other's reserve it now claims.

In 1938, British Columbia issued Order-in-Council 1036 which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. In 1943, Indian Affairs published a corrected schedule of reserves listing Reserve 11 for the Campbell River Band and Reserve 12 for the Cape Mudge Band. No formal amendments were made to orders-in-council that had appended the previous faulty schedules. The dispute resurfaced in the 1970s and, in 1985, the Campbell River Band initiated its action against the Crown and the Cape Mudge Band. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. After 80 days of evidence and submissions, the Federal Court, Trial Division dismissed both bands' claims and the Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeals should be dismissed.

The legal requirements to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* include an act by the Crown to set apart Crown land for use by a band, an intent to create a reserve on the part of persons with the authority to bind the Crown, and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent.

Reserve Creation in British Columbia

When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *Terms of Union* provided for the

concernées, la bande de Campbell River n'a pas revendiqué la réserve n° 12 et la bande de Cape Mudge n'a pas revendiqué la réserve n° 11. Toutefois, l'« erreur des guillemets de répétition » figurant dans le répertoire n'a pas été corrigée.

En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont, par décret, adopté les recommandations de la Commission McKenna McBride relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. En 1928, le commissaire des Affaires indiennes a recommandé que la réserve n° 12, qui avait toujours été revendiquée par la bande de Cape Mudge, soit officiellement déclarée comme appartenant à cette bande et que le répertoire fédéral soit modifié en conséquence. Les deux bandes ont alors chargé des avocats d'examiner la question. En 1936 dans un cas et en 1937 dans l'autre, les bandes ont chacune signé une déclaration faisant état de leurs réserves respectives. Aucune des deux bandes n'a mentionné dans sa liste la réserve occupée par l'autre et qu'elle revendique aujourd'hui.

En 1938, la Colombie-Britannique a pris le décret 1036 qui transférait la maîtrise et l'administration des terres visées à la Couronne du chef du Canada. En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié un répertoire des réserves modifié indiquant que la réserve n° 11 était attribuée à la bande de Campbell River et que la réserve n° 12 était attribuée à la bande de Cape Mudge. Aucune modification officielle n'a été apportée aux divers décrets qui avaient été joints aux répertoires antérieurs erronés. Le différend a repris dans les années 1970 et, en 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au terme de 80 jours d'audience, la section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les actions des deux bandes. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Parmi les conditions légales de création d'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l'usage d'une bande indienne, l'intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l'accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention.

La création des réserves en Colombie-Britannique

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l'article 13 des *Conditions de*

creation of reserves. Federal-provincial cooperation was thus required because Crown lands from which reserves would be established were retained as provincial property yet the federal government had jurisdiction over Indians and lands reserved for Indians. The reserve-creation process was completed in 1938 by virtue of B.C. Order-in-Council 1036 which transferred to the federal Crown administration and control of land on which the reserves were to be established. When the subject lands were transferred, the federal Crown intended to set apart each reserve for the beneficial use and occupation of the present incumbent. Each band accepted the *status quo* and made use of the reserves allocated to it.

The surrender provisions of the *Indian Act* did not apply to these pre-1938 adjustments because (i) the resolution of a "difference of opinion" between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should not be characterized as a surrender, (ii) the lands were not Indian Reserves within the meaning of the *Indian Act* prior to 1938, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876.

Rectification of Orders in Council

The Federal Court purported to "rectify" the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Here, however, the mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. The permissible constitutional scope of the provincial "intent" in relation to "lands reserved for Indians" was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. The federal Order-in-Council has been interpreted, in practice, without regard to the "ditto mark error". In these circumstances, rectification was not an appropriate remedy. The solution to these appeals does not lie in the law of rectification but in the law governing

l'adhésion pourvoyait à la création de réserves. Il était en conséquence nécessaire que le fédéral et la province coopèrent dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens, les terres domaniales où serait établie toute réserve appartenaient à la province. Le processus de création des réserves a été complété en 1938 par la prise du décret 1036 de la Colombie-Britannique, qui a transféré à la Couronne fédérale l'administration et la maîtrise des terres où seraient établies les réserves. Lorsque les terres visées ont été transférées, la Couronne fédérale entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l'usage bénéficiaire et l'occupation de la bande qui l'habite actuellement. Chaque bande a accepté le statu quo et utilisé les réserves qui lui étaient attribuées.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession ne s'appliquaient pas à ces mesures antérieures à 1938, et ce (i) parce qu'on ne saurait qualifier de cession le règlement d'une « divergence d'opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s'était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) parce que les terres litigieuses n'étaient pas des réserves indiennes au sens de la *Loi sur les Indiens* avant 1938, et (iii) parce que, de toute manière, l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876.

La rectification des décrets

La Cour fédérale a dit qu'elle entendait rectifier le répertoire erroné accompagnant le décret 1036. Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu'on considère comme une erreur figurant dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l'intention de son auteur. Une erreur d'écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. En l'espèce, toutefois, l'erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna McBride a relevé l'erreur, mais elle ne l'a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Constitutionnellement, la seule « intention » qui peut être prêtée à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limite à la détermination de la taille, du nombre et de l'emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l'administration à la Couronne du chef du Canada. Dans les faits, le décret fédéral a été interprété sans tenir compte de l'« erreur des guillemets de répétition ». Dans ces circonstances, la rectification n'est pas une réparation qui convenait. Ce n'est pas

the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands.

The Existence of a Fiduciary Duty

The existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations "in the nature of a private law duty" towards aboriginal peoples. A fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples.

However, even in the traditional trust context, not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature. Equally, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same. They are shaped by the demands of the situation. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government.

The Content of the Fiduciary Duty

The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest to be protected. The appellants seemed at times to invoke the "fiduciary duty" as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests. Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act*, which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage, a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with

dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l'obligation de fiduciaire invoquée par les bandes appelantes et les réparations en equity sollicitées par celles-ci.

L'existence d'une obligation de fiduciaire

L'existence d'une obligation de droit public n'exclut pas la possibilité que, dans l'accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d'[obligations] de droit privé ». Lorsqu'elle existe, l'obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones.

Toutefois, même dans le cadre d'une fiducie traditionnelle, les obligations qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire. En outre, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, mais sont plutôt tributaires des exigences de la situation. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement.

Le contenu de l'obligation de fiduciaire

Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Les appelantes semblent parfois invoquer « l'obligation de fiduciaire » comme si celle-ci imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C'est aller trop loin. L'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard de droits particuliers des Indiens. Jusqu'à présent, notre Cour n'a pas élargi la protection de l'obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l'égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d'autres intérêts des Indiens, à l'exception de terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Avant la création d'une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son

a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries. Once a reserve is created the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation. The Crown must use diligence to protect a band's legal interest from exploitative bargaining with third parties or from exploitation by the Crown itself.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting.

Here, the federal Crown's mandate was to create a new interest for the bands in lands not subject to treaty or aboriginal rights claims. The nature and importance of the appellant bands' interest in these lands prior to 1938, and the Crown's intervention as the exclusive intermediary to deal with others, including the province, on their behalf, imposed a fiduciary duty on the Crown but there is no persuasive reason to conclude that the obligations of loyalty, good faith and disclosure of relevant information were not fulfilled. After the creation of the reserve, the Crown did preserve and protect each band's legal interest in its allocated reserve.

By the time the reserves creation process was completed in 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. They had manifested on several occasions their acknowledgement that the beneficial interest in Reserve 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve 12 resided in the Cape Mudge Band. The Band leadership in those years, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a "difference of opinion" with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties. It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome.

mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard. La Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour protéger l'intérêt en common law de la bande contre les marchés abusifs avec des tiers ou les mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation.

Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés.

En l'espèce, la Couronne avait pour mandat de créer, en faveur des bandes, un intérêt nouveau visant des terres non revendiquées en vertu de droits ancestraux ou issus de traités. La nature et l'importance de l'intérêt des bandes appelantes dans ces terres avant 1938 ainsi que l'intervention de la Couronne en tant qu'intermédiaire exclusif auprès des tiers, y compris la province, ont imposé à la Couronne une obligation de fiduciaire, mais il n'y a aucune raison justifiant de conclure que les obligations de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information eu égard aux circonstances n'ont pas été respectées. Après la création de la réserve, la Couronne a effectivement préservé et protégé l'intérêt en common law de chacune des bandes dans la réserve qui lui avait été attribuée.

Lorsque le processus de création des réserves a été complété en 1938, chaque bande avait formellement abandonné la revendication qu'elle fait valoir aujourd'hui contre la réserve de sa bande sœur. À plusieurs reprises, les bandes appelantes avaient reconnu que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve n° 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve n° 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. À cette époque, les dirigeants des bandes, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une « divergence d'opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens. Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, qu'ils ne savaient pas ce qu'ils faisaient, ou encore de rejeter ce qu'ils ont considéré être un résultat juste.

Defences to Equitable Remedies

Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence. Equitable remedies require equitable conduct by the claimant and are always subject to the discretion of the court.

Both branches of the doctrine of laches and acquiescence are applicable in this case: conduct equivalent to a waiver is found in the declarations, representations and failures to assert the alleged rights in circumstances that required assertion; and prosecution of the claim would, in each case, be unreasonable because each band relied on the *status quo* and improved its reserve under the understanding that the other band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge of the underlying facts relevant to a possible claim.

On the evidence, no fiduciary duty has been breached and no "equitable" remedy is available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a wrongful dispossession.

Application of Limitation Periods

In any event, the appellant bands' claims are barred by the expiry of the applicable limitation periods. Section 39(1) of the *Federal Court Act* incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation. The Campbell River Band's claim for possession of Reserve 12 was complete no later than in 1938 and was subject to a 20-year limitations period under s. 16 of the 1897 B.C. *Statute of Limitations*. The Cape Mudge Band's claim for possession of Reserve 11 arose when the Campbell River Band went into possession of that reserve prior to 1888 and was extinguished around the time the band signed the 1907 Resolution. Even if the running of the limitation periods was postponed due to a lack of pertinent information, all relevant facts were known to both bands when they made their declarations in 1936 and 1937. The limitation periods applicable to the claims for possession, therefore, expired no later than 1957.

Les moyens de défense opposables aux recours en equity

Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence. Les recours en equity exigent une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation et dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Les deux éléments de la règle de l'acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l'espèce, à savoir : il y eu conduite assimilable à renonciation du fait des déclarations qui ont été signées, des observations qui ont été formulées et du défaut des intéressées de faire valoir les droits qu'elles invoquaient, alors que les circonstances commandaient qu'elles le fassent; les poursuites sont dans les deux cas déraisonnables du fait que chaque bande s'est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s'est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment les faits sous-jacents qui pouvaient donner lieu à un recours en justice.

Eu égard à la preuve, il n'y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et il n'y a ouverture à aucun recours en « equity », soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

L'application des délais de prescription

De toute manière, les actions des bandes appelantes sont prescrites par suite de l'écoulement des délais de prescription applicables. Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* incorpore par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique applicables en matière de prescription. Le droit de la bande de Campbell River de revendiquer la possession de la réserve n° 12 a pris naissance au plus tard en 1938 et était assujetti au délai de prescription de 20 ans prévu par l'art. 16 de la Loi de 1897 de la C.-B. intitulée *Statute of Limitations*. Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve n° 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve avant 1888 et était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la résolution de 1907. Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription, les deux bandes connaissaient tous les faits pertinents lorsqu'elles ont signé leur déclaration respective en 1936 et en 1937. Le délai de prescription applicable aux actions en revendication de la possession a donc expiré au plus tard en 1957.

As to breach of fiduciary duty, the 1897 *Statute of Limitations*, in force between 1897 and 1975, imposed no limitation on such claims. The transitional provisions of the 1975 *Limitations Act* therefore apply. By virtue of ss. 3(4) and 14(3) of the 1975 Act, the actions based on breach of fiduciary duty were barred as of July 1, 1977. In any case, the claims asserted in these proceedings were all caught by the 30-year "ultimate limitation period" in s. 8 of the 1975 Act.

Cases Cited

Explained: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan v. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, aff'g (1887), 13 S.C.R. 577; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, aff'd (1900), 32 O.R. 301, aff'd (1901), 32 S.C.R. 1, aff'd [1903] A.C. 73; *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; *Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women's Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304; *Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249; *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18; *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116

Quant au manquement à l'obligation de fiduciaire, la Loi de 1897 intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur de 1897 à 1975, ne fixait aucun délai de prescription à cet égard. Ce sont en conséquence les dispositions transitoires de la *Limitations Act* de 1975 qui s'appliquent. Par l'effet des par. 3(4) et 14(3) de cette loi, les actions pour manquement à l'obligation fiduciaire étaient prescrites le 1er juillet 1977. Quoi qu'il en soit, les demandes présentées en l'espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » trentenaire prévu par l'art. 8 de la Loi de 1975.

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC 54; *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan c. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, conf. (1887), 13 R.C.S. 577; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, conf. par (1900), 32 O.R. 301, conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73; *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S 1075; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, autorisation d'appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; *Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304; *Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. nº 1358 (QL); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249;

F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1997), 132 F.T.R. 106; *Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174; *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135; *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394, aff'd [1991] 2 S.C.R. 570; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66; *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48.

Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake, [1991] 2 C.F. 18; *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. nº 991 (QL), conf. par [1999] A.C.F. nº 1822 (QL); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. nº 676 (QL); *Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174; *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. nº 370 (QL); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135; *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É.193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394, conf. par [1991] 2 R.C.S. 570; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66; *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 1568 (QL), 2001 CFPI 480; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Indian Lands Settlement Act, S.C. 1920, c. 51.
British Columbia Order-in-Council No. 911, July 26, 1923.
British Columbia Order-in-Council No. 1036, July 29, 1938.
British Columbia Order-in-Council No. 1334.
British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Exchequer Court Act, R.S.C. 1952, c. 98, s. 31.
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39(1).
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], s. 38(1).
Federal Real Property Act, S.C. 1991, c. 50, ss. 2 "federal real property", 13, 14.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) "reserve".
Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6).
Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, c. 32.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 2, 14(1).
Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 9, 14(3).
Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875.
Order-in-Council P.C. 1265, July 19, 1924.
Royal Proclamation, 1763, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, ss. 16, 39.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8.* Vancouver: The Commission, 1990.
La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution.* Toronto: University of Toronto Press, 1969.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto: Carswell, 1905.
McMurtry, William R., and Alan Pratt. "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective", [1986] 3 C.N.L.R. 19.
Proclamation of the Privy Council, December 15, 1876, *The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Lois et règlements cités

Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 3(6).
Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, App. II, nº 10, art. 13.
Décret C.P. 1088, 10 novembre 1875.
Décret C.P. 1265, 19 juillet 1924.
Décret de la Colombie-Britannique nº 911, 26 juillet 1923.
Décret de la Colombie-Britannique nº 1036, 29 juillet 1938.
Décret de la Colombie-Britannique nº 1334.
Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, ch. 32.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 2, 14(1).
Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 9, 14(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique, S.C. 1920, ch. 51.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 31.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, ch. 1 [reproduite dans S.R.C. 1970 (2e suppl.), ch. 10], art. 38(1).
Loi sur les immeubles fédéraux, L.C. 1991, ch. 50, art. 2 « immeuble fédéral », 13, 14.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve ».
Proclamation royale, 1763, L.R.C. 1985, App. II, nº 1.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16, 39.

Doctrine citée

British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period : Limitation Act, Section 8.* Vancouver : The Commission, 1990.
La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution.* Toronto : University of Toronto Press, 1969.
Maxwell on the Interpretation of Statutes, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto : Carswell, 1905.
McMurtry, William R., and Alan Pratt. « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19.
Proclamation du Conseil privé, 15 décembre 1876, *Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, nº 27.
Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation.* Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] F.C.J. No. 1529 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] F.C.J. No. 1202 (QL). Appeals dismissed.

Michael P. Carroll, Q.C., Malcolm Maclean, Emmet J. Duncan and *Monika B. Gehlen*, for the appellants Roy Anthony Roberts et al.

John D. McAlpine, Q.C., and *Allan Donovan*, for the respondents/appellants Ralph Dick et al.

J. Raymond Pollard, Mitchell R. Taylor and *Georg Daniel Reuter*, for the respondent Her Majesty the Queen.

E. Ria Tzimas and *J. T. S. McCabe, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Patrick G. Foy, Q.C., and *Richard J. M. Fyfe*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Peter R. Grant and *David Schulze*, for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — Two Indian bands on the east coast of Vancouver Island lay claim to each other's reserve land. The reserves, which have been in the possession of the incumbent band since about the end of the 19th century, are located two miles from each other. The inhabitants of both reserves are members of the Laich-kwil-tach First Nation which, in the mid-1800s, managed to displace the Comox First Nation from this area of British Columbia.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.
Weinrib, Ernest J. « The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] A.C.F. n° 1529 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] A.C.F. n° 1202 (QL). Pourvois rejetés.

Michael P. Carroll, c.r., Malcolm Maclean, Emmet J. Duncan et *Monika B. Gehlen*, pour les appelants Roy Anthony Roberts et autres.

John D. McAlpine, c.r., et *Allan Donovan*, pour les intimés/appelants Ralph Dick et autres.

J. Raymond Pollard, Mitchell R. Taylor et *Georg Daniel Reuter*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

E. Ria Tzimas et *J. T. S. McCabe, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Patrick G. Foy, c.r., et *Richard J. M. Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Peter R. Grant et *David Schulze*, pour les intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Deux bandes indiennes de la côte est de l'île de Vancouver se réclament mutuellement leur réserve respective. Ces réserves — dont chacune est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle environ — sont distantes de deux milles l'une de l'autre. Les occupants des deux réserves appartiennent à la Première nation Laich-kwil-tach, laquelle était parvenue à déplacer la Première nation Comox de cette région de la Colombie-Britannique au milieu des années 1800.

Each band claims that but for various breaches of fiduciary duty on the part of the federal Crown, its people would be in possession of *both* reserves. Members of the other band, on this view, should be in possession of neither.

Chaque bande prétend que, n'eût été divers manquements de la Couronne fédérale à ses obligations de fiduciaire, ses membres seraient en possession des *deux* réserves. Suivant cet argument, les membres de l'autre bande ne seraient en conséquence en possession d'aucune des réserves. 2

There is no assertion of any entitlement in these lands under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* ("existing aboriginal and treaty rights").

Aucune bande n'a revendiqué de droit sur les terres litigieuses en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones »). 3

Although the bands seek formal declarations of trespass and possession and injunctive relief against each other, each acknowledges the hardship that such a result would cause the other, and each band therefore says it would be satisfied with financial compensation from the federal Crown. The Cape Mudge appellants say *their* compensation should be in the range of $12.2 to $14.8 million for Reserve No. 11 and the Campbell River appellants say *their* claim is about $4 million for Reserve No. 12. In short, if the appellant bands' claims are allowed, each band will stay where it is but will receive substantial funds by way of "equitable compensation" plus costs on a solicitor-client scale.

Bien que chaque bande sollicite contre l'autre une injonction ainsi qu'un jugement déclarant qu'elle a droit à la possession de la réserve et que l'autre bande est coupable d'intrusion, chacune reconnaît les difficultés qu'un tel résultat causerait à l'autre et affirme qu'elle se satisferait d'une indemnité pécuniaire de la Couronne fédérale. La bande de Cape Mudge appelante prétend que *son* indemnité devrait être de l'ordre de 12,2 à 14,8 millions de dollars pour la réserve n^{o} 11, alors que la bande de Campbell River appelante affirme que *sa* réclamation s'élève à 4 millions de dollars environ pour la réserve n^{o} 12. Bref, si les demandes des bandes appelantes sont accueillies, chacune restera où elle est actuellement mais recevra une somme considérable constituée d'une « indemnité en equity » et des dépens taxés sur la base procureur-client. 4

We are therefore required to consider (i) the scope of the fiduciary duty of the Crown in the process of the *creation* of Indian reserve lands; (ii) whether the acts of government officials in this case breached any fiduciary duty; and (iii) what equitable remedies (including equitable compensation) are available to remedy such breaches, if any.

La Cour est donc appelée à statuer (i) sur l'étendue de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le cadre du processus de la *création* des réserves indiennes, (ii) sur la question de savoir si les actes accomplis par des représentants du gouvernement en l'espèce ont constitué un manquement à quelque obligation de fiduciaire et (iii), à supposer qu'il y ait eu manquement, sur les réparations en equity (y compris l'indemnité en equity) susceptibles d'être accordées pour remédier à ce manquement. 5

It is clear that neither of the bands is guilty of any wrongdoing towards the other. These are paper claims, based on dissecting the performance of the Department of Indian Affairs in its sometimes awkward attempts to establish reserves to accord with late 19th century patterns of Indian occupation on the west coast. The appellant bands rely

Il est clair qu'aucune des bandes n'a commis de faute à l'endroit de l'autre. Leurs revendications reposent sur des documents et sur une analyse minutieuse des efforts parfois maladroits déployés par le ministère des Affaires indiennes pour établir des réserves correspondant aux terres qu'occupaient, à la fin du dix-neuvième siècle, les peuples 6

on disputed inferences from contradictory records respecting which band was entitled to what, and when its entitlement arose. It is apparent that there were occasional gaps of understanding between what was happening on Vancouver Island and what appeared to be happening in the government records in Ottawa. That said, the trial judge, after 80 days of evidence and submissions, concluded that the Crown had acted fairly and honourably. The wishes of the Indians themselves had been sought out and respected.

7 As will be seen, by the time the reserves-creation process was completed by provincial Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. Over the intervening 60 or more years, band members have relied on the *status quo* to make improvements to the reserves on which they reside. In these circumstances, in my view, no fiduciary duty has been breached and no "equitable" relief is available either by way of injunction or equitable compensation. In any event, all such claims would have been barred by the expiry of the applicable limitation periods.

8 I would therefore dismiss both appeals with costs.

Facts and Analysis

9 The Laich-kwil-tach First Nation, comprising four different bands, is itself part of a larger group of Indians who speak the Kwakwala language. They inhabit parts of the east coast of Vancouver Island, parts of the west coast of the mainland, and some of the offshore islands in between. Their livelihood and much of their culture was traditionally based on fishing the rich waters of what we now call the Straits of Georgia.

autochtones de la côte ouest. Les bandes appelantes avancent des conclusions contestées, tirées d'inscriptions contradictoires concernant l'identité de la bande ayant droit à tel ou tel territoire et la date à laquelle le droit en question a pris naissance. Il est évident qu'il y a eu, à l'occasion, des divergences entre la situation qui existait sur l'île de Vancouver et la façon dont elle était consignée dans les dossiers du gouvernement à Ottawa. Cela dit, au terme de 80 jours d'audience, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait agi de façon juste et honorable, après avoir demandé aux Indiens eux-mêmes ce qu'ils désiraient et respecté les souhaits exprimés par ceux-ci.

Comme nous le verrons plus loin, lorsque le processus de création des réserves a pris fin, c'est-à-dire par la prise du décret provincial 1036 le 29 juillet 1938, chacune des bandes appelantes avait officiellement abandonné la revendication — qu'elle fait maintenant valoir — contre la réserve de l'autre. Pendant les 60 ans et plus qui se sont écoulés depuis, leurs membres ont respecté le statu quo et apporté des améliorations à la réserve qu'ils occupent. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et qu'il n'y a ouverture à aucun recours en « equity », qu'il s'agisse d'injonction ou d'indemnisation. De toute manière, l'écoulement des délais de prescription applicables fait obstacle à l'exercice de tels recours.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Les faits et l'analyse

La Première nation Laich-kwil-tach, qui comprend quatre bandes différentes, fait elle-même partie d'un groupe plus large d'Indiens de langue kwakwala qui habitent certaines régions de la côte est de l'île de Vancouver et de la côte ouest de la Colombie-Britannique continentale, ainsi que certaines îles situées entre les deux. Traditionnellement, leur subsistance et une grande partie de leur culture étaient basées sur la pêche dans les eaux poissonneuses de ce que nous appelons maintenant le détroit de Georgia.

Unlike the historical disputes that reached back to time immemorial in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the epicentre of these appeals lies in the late 19th and early 20th century paperwork of the Department of Indian Affairs and the records collected since then by the contending bands. The resulting bureaucratic paper trail is outlined comprehensively in the careful 275-page trial judgment of Teitelbaum J.: (1995), 99 F.T.R. 1. His findings of fact were not successfully challenged before the Federal Court of Appeal: (1999), 247 N.R. 350. I will deal only with those facts essential for an understanding of the legal issues that we are required to resolve.

10 Contrairement aux différends remontant aux temps immémoriaux qui étaient à l'origine d'affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le nœud des présents pourvois réside dans des écritures administratives consignées par le ministère des Affaires indiennes à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle, ainsi que dans les dossiers montés depuis par les bandes rivales. En première instance, le juge Teitelbaum a exposé en détail, dans son jugement soigné de 275 pages ([1995] A.C.F. n° 1202 (QL)), la piste documentaire laissée par cette filière bureaucratique, et la Cour d'appel fédérale a refusé d'infirmer ses conclusions de fait ([1999] A.C.F. n° 1529 (QL)). Je n'examinerai ici que les faits nécessaires à la compréhension des questions de droit que la Cour doit résoudre.

The contending bands are the Cape Mudge Indian Band (traditionally known as the "Wewaikai") some of whom live on Reserve No. 12, and the Campbell River Indian Band (traditionally known as the "Wewaykum") some of whom live on Reserve No. 11. Each band also has reserves elsewhere. The reserves in dispute are quite small. Reserve 11, located at the mouth of the Campbell River, has about 350 acres and 120 inhabitants. Reserve No. 12, located inland on a tributary of the Campbell River, has less than 300 acres and fewer inhabitants. The multiplicity of relatively small reserves is characteristic of coastal British Columbia, where strategic access to plentiful fishing and other resources was thought to be more important than simple acreage.

11 Les bandes concernées sont la bande indienne de Cape Mudge (traditionnellement appelée « Wewaikai »), dont certains membres vivent dans la réserve n° 12, et la bande indienne de Campbell River (traditionnellement appelée « Wewaykum »), dont certains membres vivent dans la réserve n° 11. Chaque bande compte également des réserves situées à d'autres endroits. Les réserves en litige sont très petites. Située à l'embouchure de la rivière Campbell, la réserve n° 11 compte environ 350 acres et 120 habitants. La réserve n° 12 se trouve à l'intérieur des terres, le long d'un affluent de la rivière Campbell; sa superficie est inférieure à 300 acres et elle compte moins d'habitants que la précédente. Les réserves de faible taille abondent dans les régions côtières de la Colombie-Britannique, où l'on considérait plus important de disposer de points d'accès stratégiques aux abondantes ressources halieutiques et autres que de posséder de vastes étendues de territoire.

It appears the first members of the Laich-kwil-tach First Nation to take up residence in the disputed area was Captain John Quacksister (or Kwaksistal) and his family, in or about 1875.

12 Les premiers membres de la Première nation Laich-kwil-tach à s'installer sur le territoire litigieux, vers 1875, semblent avoir été le capitaine John Quacksister (ou Kwaksistal) et sa famille.

A. *Creation of Reserve Lands*

A. *La création des réserves*

The legal requirements for the creation of a reserve within the meaning of the *Indian Act* were

13 Dans l'arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC

considered by this Court in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54, released June 20, 2002. They include an act by the Crown to set apart Crown land for use of an Indian band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent (para. 67). In that case it was found that the Crown never intended to establish a reserve within the meaning of the Act. At para. 68, LeBel J. noted "that the process of reserve creation, like other aspects of its relationship with First Nations, requires that the Crown remain mindful of its fiduciary duties and of their impact on this procedure, and taking into consideration the *sui generis* nature of native land rights". The role of the Crown's fiduciary duty in reserve creation was not argued in that case. It is squarely raised in the appeals now before us.

54, rendu le 20 juin 2002, notre Cour a examiné les conditions légales de création d'une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Parmi ces conditions, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l'usage d'une bande indienne, l'intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l'accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention (par. 67). Dans cette affaire, la Cour a conclu que la Couronne n'avait jamais eu l'intention d'établir une réserve au sens de la Loi. Au paragraphe 68, le juge LeBel a signalé « que, dans le cadre de la procédure de création des réserves, comme dans les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations, la Couronne doit rester consciente de ses obligations de fiduciaire et de leur incidence sur cette procédure, et prendre en considération la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones ». La question du rôle de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans la création des réserves n'a pas été débattue dans cette affaire, alors qu'elle se soulève clairement dans les présents pourvois.

B. *Reserve Creation in British Columbia*

B. *La création des réserves en Colombie-Britannique*

14 When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, provided:

> The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.
>
> To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies. [Emphasis added.]

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l'article 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, App. II, n° 10, était rédigé ainsi :

> Le soin des Sauvages, et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.
>
> Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autres transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'État pour les Colonies. [Je souligne.]

Federal-provincial cooperation was required in the reserve-creation process because, while the federal government had jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, Crown lands in British Columbia, on which any reserve would have to be established, were retained as provincial property. Any unilateral attempt by the federal government to establish a reserve on the public lands of the province would be invalid: *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (P.C.). Equally, the province had no jurisdiction to establish an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*, as to do so would invade exclusive federal jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians".

Implementation of Article 13 therefore required a number of stages preliminary to the federal reserve-creation process described in *Ross River*. First of all, federally appointed Indian Reserve Commissioners undertook to define and survey the proposed reserves. Then the federal government and the provincial government, armed with the surveys, negotiated the size, location and number of reserves. Administration and control of such lands had then to be transferred ("conveyed" is the word used in Article 13) from the new Province of British Columbia to the federal government. The federal government would have to "set apart" the lands for the use and benefit of a band: *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6); *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) "reserve".

For more than 60 years after the entry of British Columbia into Confederation, the reserve establishment issue remained an on-going source of friction between the federal and provincial governments. The trial judge found, for instance, that the British Columbia government initially considered the federal government's target of 80 acres *per capita* for reserve lands to be excessive. The provincial position was that a *per capita* allocation of 20 acres was sufficient, particularly

La coopération fédérale-provinciale était nécessaire dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l'égard des « Indiens et [d]es terres réservées aux Indiens » aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les terres domaniales en Colombie-Britannique, où serait nécessairement établie toute réserve, appartenaient à la province. Toute tentative unilatérale du gouvernement fédéral de créer une réserve sur des terres publiques de la province aurait été invalide : *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73 (C.P.). Par ailleurs, la province ne pouvait établir une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, car elle aurait alors empiété sur la compétence exclusive du fédéral sur « [l]es Indiens et les terres réservées aux Indiens ». 15

La mise en œuvre de l'article 13 requérait donc l'accomplissement de certaines démarches préalables à la mise en branle du processus fédéral-provincial de création des réserves décrit dans l'arrêt *Ross River*. D'abord, des commissaires nommés par le gouvernement fédéral délimitaient et arpentaient les réserves proposées, puis, munis de ces plans, les gouvernements fédéral et provincial négociaient la taille, l'emplacement et le nombre des réserves. La maîtrise et l'administration de ces terres devaient ensuite être cédées (ou « transférées », suivant les termes de l'article 13) par la nouvelle province de la Colombie-Britannique au gouvernement fédéral, lequel devait les mettre de côté à l'usage et au bénéfice d'une bande : *L'Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, par. 3(6); *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, par. 2(1) « réserve ». 16

Plus de 60 ans après l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération, la question de l'établissement des réserves constituait toujours une source de frictions entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. Par exemple, le juge de première instance a constaté que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait d'abord considéré excessif le chiffre de 80 acres par personne avancé par le gouvernement fédéral pour la constitution des réserves, estimant que 20 acres par personne 17

where the principal source of livelihood of a band was fishing. There was even disagreement as to the mechanism to accomplish the "conveyance".

18 The issues were ultimately resolved by federal-provincial agreement and the transfer in 1938 of administration and control to the federal Crown of provincial land on which the reserves were to be established: G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 132. Until then, "[a]ll rested in the realm of bureaucratic recommendation and political intention with nothing conclusive accomplished in any effective legal sense": *Dunstan v. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (B.C.S.C.), *per* Cumming J., at p. 65.

19 I think there is no doubt on the evidence that when the federal Crown received the B.C. Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, it intended to set apart each of the contested reserves for the beneficial use and occupation of the present incumbent. The claim of each appellant band to *both* reserves is misconceived.

C. *The Indian Reserve Commission (1875-1912)*

20 In 1875, the federal government and the Province of British Columbia established the Indian Reserve Commission whose mandate was in part to

> . . . make arrangements to visit, with all convenient speed, in such order as may be found desirable, each Indian Nation (meaning by Nation all Indian tribes speaking the same language) in British Columbia and after full enquiry on the spot, into all matters affecting the question, to fix and determine for each Nation separately the number, extent and locality of the Reserve or Reserves to be allowed to it. [Emphasis added.]

(Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875)

21 The mandate of the Indian Reserve Commission was thus to allocate reserves at the level of First Nation, as distinct from subgroupings at the band

suffisait, en particulier lorsque la bande subsistait principalement de la pêche. Les deux ordres de gouvernement différaient même d'avis quant au mécanisme de « transfert » devant être utilisé.

Les diverses questions litigieuses ont finalement été réglées par un accord fédéral-provincial et par la cession à la Couronne fédérale, en 1938, de la maîtrise et de l'administration des terres provinciales devant servir à l'établissement des réserves : G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 132. Jusque-là, [TRADUCTION] « [t]out reposait sur une recommandation bureaucratique et l'intention politique, alors que rien qui soit concluant n'était accompli dans quelque sens juridique véritable » : *Dunstan c. Hell's Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (C.S.C.-B.), le juge Cumming, p. 65.

Selon moi, il est indubitable que, lorsque la Couronne fédérale a reçu le décret 1036 de la Colombie-Britannique, daté du 29 juillet 1938, elle entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l'usage bénéficiaire et l'occupation de la bande qui l'habite actuellement. La revendication des *deux* réserves par chaque bande est mal fondée.

C. *La Commission des réserves indiennes (1875-1912)*

En 1875, le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont créé la Commission des réserves indiennes, dont les commissaires avaient notamment pour mandat

> [TRADUCTION] . . . de prendre des dispositions pour visiter, dans les meilleurs délais et dans l'ordre qu'ils jugeront opportuns, chaque nation indienne (nation s'entendant de toutes les tribus indiennes qui parlent la même langue) de la Colombie-Britannique et, après un examen exhaustif sur les lieux de toutes les questions pertinentes, pour établir et déterminer à l'égard de chaque nation séparément le nombre, l'étendue et l'emplacement de la réserve ou des réserves qui doivent lui être attribuées. [Je souligne.]

(Décret C.P. 1088, pris le 10 novembre 1875)

La Commission des réserves indiennes avait donc comme mandat d'attribuer les réserves aux Premières nations, plutôt qu'à des sous-groupes

level. (Arguably, the Commission was required only to allocate reserves at the higher level of Kwakwala-speaking peoples, of which the Laich-kwil-tach grouping was a sub-component, but in practice the Laich-kwil-tach people were dealt with as a First Nation.) The reason for this high level allocation, as found by the trial judge at para. 25, was to secure land quickly for the Indians "before white settlement alienated all the desired locations". Long and complex inquiries by the Commissioners into individual sub-First Nation allocations would have created unacceptable delay. The band level allocation was thus generally to be left to the local Indian agent, a federal official, who possessed the requisite detailed knowledge. The Campbell River Band argues that this view elevates the Indian Agent to the status of a "latter day Solomon with plenary authority to re-allocate reserves", but this is not so. The Indian Agents were the eyes and ears of the senior officials whose ultimate stamp of approval was essential.

correspondant aux bandes. (On peut donc affirmer que la Commission était uniquement tenue d'attribuer des réserves à ce groupement plus large de peuples parlant la langue kwakwala — dont les Laich-kwil-tach étaient un sous-groupe —, mais qu'en pratique elle a traité ces derniers comme une Première nation.) Le juge de première instance a estimé que l'attribution des réserves à ce niveau supérieur d'organisation visait à garantir rapidement des terres aux Indiens « avant que la colonisation par les blancs ne supprime tous les endroits désirés » (par. 25). La tenue d'enquêtes longues et complexes par les commissaires en vue d'attribuer des réserves aux sous-groupes aurait entraîné des délais inacceptables. L'attribution de terres aux bandes relevait donc généralement de l'agent local des Indiens, un fonctionnaire fédéral qui possédait les connaissances précises nécessaires. La bande de Campbell River prétend que cette situation faisait de l'agent des Indiens [TRADUCTION] « un Salomon moderne investi de la plénitude des pouvoirs requis pour réattribuer des réserves », mais ce n'est pas le cas. Les agents des Indiens étaient les yeux et les oreilles des fonctionnaires supérieurs dont l'approbation finale était nécessaire.

In the 1870s, Commissioner Gilbert Sproat, who by then had become the sole member of the Indian Reserve Commission, surveyed a number of reserves in the area in question for the Laich-kwil-tach First Nation. His survey of a proposed reserve was not enough to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* but, if approved by the provincial government, the effect was to withdraw the subject lands from other inconsistent uses, such as preemption by settlers. It thus created a measure of what might be termed administrative protection, but this fell well short of the various statutory protections under the federal *Indian Act*.

22 Dans les années 1870, la Commission des réserves indiennes ne comptait plus qu'un seul membre, Gilbert Sproat, qui a arpenté un certain nombre de réserves de la région destinées à la Première nation Laich-kwil-tach. Les levés qu'il préparait ne suffisaient pas à créer des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais, si ces levés étaient approuvés par le gouvernement provincial, ils avaient pour effet d'empêcher toute utilisation incompatible des terres visées, par exemple leur acquisition par préemption par des colons. L'arpentage créait donc une certaine forme de protection administrative, bien inférieure toutefois aux diverses garanties de nature législative prévues par la *Loi sur les Indiens*.

The reserves surveyed by Commissioner Sproat were not approved by the province in any event.

23 Quoi qu'il en soit, la province n'a pas approuvé les réserves arpentées par le commissaire Sproat.

In 1886, Sproat's successor, P. O'Reilly, a former county court judge, recommended the allotment of 10 reserves to the "'Laich kwil tach' (Euclataw) Indians", but he did not deal with the lands now

24 En 1886, P. O'Reilly, ancien juge de cour de comté qui avait succédé à Sproat, a recommandé l'attribution de dix réserves [TRADUCTION] « aux Indiens Laich kwil tach (Euclataw) », mais il n'a

in dispute because "as the Indians were all absent, I deemed it advisable to delay making reserves until they are present to point out the places they wish to have" (emphasis added). A policy of non-intervention in the *status quo* had been made explicit in O'Reilly's mandate from Ottawa:

> You should in making allotments of lands for Reserves make no attempt to cause any violent or sudden changes in the habits of the Indian band for which you may be setting apart the Reserve land; or to divert the Indians from any legitimate pursuits or occupations which they may be profitably following or engaged in, you should on the contrary encourage them in any branch of industry which you find them so engaged. [Emphasis in original.]

D. *The Ashdown Green Survey*

25 Delay in the setting aside of reserves did in fact exacerbate the potential for conflict between Indians and the influx of settlers. In 1888, a dispute flared up at Campbell River between some homesteaders called Nunns and the resident Laich-kwil-tach Indians, each of whom claimed rights to some valuable timber in the vicinity of what is now Reserve No. 11. The most vocal figure in this dispute, at least on the Indian side, was Captain John Quacksister. He claimed that he had been granted ownership of all of the lands which Commissioner Sproat had provisionally set aside at Campbell River in 1879. He was likely not aware of the federal-provincial intricacies of land transfer. Captain John's band affiliation was the subject of dispute between the parties. The trial judge concluded, at para. 289:

> Men and women passed from one group to another and clearly a person could be a member of more than one subgroup. The attempt to categorize Captain John's tribal affiliation epitomized this difficulty and he was appropriately known as "Smoke All Around".

26 After Commissioner O'Reilly left for England on extended convalescent leave, the federal government

pas pris en compte les terres qui nous intéressent aujourd'hui parce que, a-t-il écrit, [TRADUCTION] « puisque les Indiens étaient tous absents, j'ai jugé plus sage d'attendre, pour établir des réserves, qu'ils soient présents pour m'indiquer les endroits qu'ils souhaitent obtenir » (je souligne). Le mandat confié à O'Reilly par le gouvernement fédéral comportait l'instruction expresse de ne pas changer le statu quo :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'attribuer des terres aux fins d'établissement des réserves, évitez de provoquer des changements violents ou soudains dans les habitudes de la bande indienne pour laquelle vous mettez de côté les terres de réserve, et ne détournez pas les Indiens d'une occupation légitime qu'ils pourraient pratiquer à profit; tentez plutôt de les encourager lorsque vous constatez qu'ils travaillent dans quelque secteur d'une industrie. [Souligné dans l'original.]

D. *L'arpentage effectué par Ashdown Green*

Le retard dans la mise de côté des réserves a effectivement exacerbé les risques de conflit entre les Indiens et les colons qui affluaient dans la province. En 1888, un différend a éclaté à Campbell River entre des colons du nom de Nunns et les Indiens Laich-kwil-tach résidant à cet endroit, chaque groupe revendiquant des droits sur de précieuses ressources forestières à proximité de ce qui est à présent la réserve n° 11. Le personnage qui s'est fait le plus entendre dans ce conflit, du moins chez les Indiens, est le capitaine John Quacksister. Il affirmait qu'on lui avait attribué la propriété de toutes les terres que le commissaire Sproat avait provisoirement mises de côté à Campbell River en 1879. Il n'était probablement pas au fait des méandres du processus de transfert foncier entre le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral. Les parties ne s'entendaient pas sur la filiation tribale du capitaine John. Le juge de première instance a formulé la conclusion suivante à ce sujet (au par. 289) :

> Les hommes et les femmes passaient d'un groupe à l'autre et, manifestement, pouvaient appartenir à plus d'un sous-groupe. La tentative de catégoriser le lien tribal du capitaine John résume cette difficulté : c'est à juste titre qu'on l'appelait « Smoke All Around ».

Après le départ du commissaire O'Reilly en Angleterre pour une longue convalescence, le

authorized one of its surveyors, Mr. Ashdown Green, to sort out the boundary between Captain John and the homesteaders. It is his 1888 survey that forms the root of the Cape Mudge Band's claim in this litigation.

E. *The Claim of the Cape Mudge Band (the "Wewaikai")*

After visiting the Campbell River area, Ashdown Green recommended the creation of two additional reserves: Reserve No. 11 (Campbell River) and Reserve No. 12 (Quinsam). However, given the terms of his appointment, and the nature of his mandate (which was to resolve the point of contention between Indians and non-Indians), his report purported to settle only the "extent and boundaries" of Reserves Nos. 11 and 12. In the body of his Report, Reserves Nos. 11 and 12 were not identified as allocated to a particular band, but rather to the "Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians". Moreover, in a copy of Green's Report filed with the McKenna McBride Commission, he explains his understanding of the reserve-creation process:

> The Laich-kwil-tach (Euclataw) reserves were re-allotted by Mr. O'Reilly in 1886. No allotments were made to separate bands. The division into bands were made by the agents. [Emphasis in original.]

The trial judge concluded that Ashdown Green did not have, and did not think he had, authority "to allocate reserves to any one subgroup or band" (para. 57). His task was to separate Indian reserve land from land to be taken up by non-Indian settlers.

Even if Ashdown Green had stood in O'Reilly's shoes, all reserves recommended by the Reserve Commissioner were subject to the approval of the Provincial Chief Commissioner of Lands and Works and the Dominion Superintendent pursuant to Order-in-Council No. 1334. The trial judge concluded that whether or not Ashdown Green could be construed as recommending the allocation of Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band, no such higher approval was given. As recently affirmed in *Ross River*, *supra*, the

gouvernement fédéral a autorisé l'un de ses arpenteurs, Ashdown Green, à délimiter les terres du capitaine John et celles des colons. C'est son levé de 1888 qui est à l'origine de la revendication de la bande de Cape Mudge dans la présente affaire.

E. *La revendication de la bande de Cape Mudge (« Wewaikai »)*

Après avoir visité la région de Campbell River, Ashdown Green a recommandé la création de deux réserves additionnelles : la réserve n° 11 (Campbell River) et la réserve n° 12 (Quinsam). Toutefois, vu les conditions de sa nomination et la nature de son mandat (résoudre le différend opposant les Indiens et les non-Indiens), son rapport ne visait qu'à établir [TRADUCTION] « l'étendue et les limites » des réserves n^{os} 11 et 12. Le rapport n'attribue les réserves à aucune bande en particulier, indiquant plutôt qu'elles sont octroyées aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». De plus, Ashdown Green a expliqué sa conception du processus de création des réserves dans une copie de son rapport déposée devant la Commission McKenna-McBride : 27

> [TRADUCTION] Les réserves des Laich-kwil-tach (Euclataw) ont été attribuées de nouveau par M. O'Reilly en 1886. Aucune attribution n'a été faite aux bandes séparément. Le partage entre les bandes a été effectué par les agents. [Souligné dans l'original.]

Le juge de première instance a conclu qu'Ashdown Green n'avait pas ni ne croyait avoir le pouvoir « [d']attribuer des réserves à quelque sous-groupe ou bande » (par. 57). Il avait comme tâche de séparer les terres destinées aux réserves indiennes de celles destinées aux colons non-Indiens.

Même si Ashdown Green avait été dans la même position qu'O'Reilly, toutes les recommandations faites par le commissaire des réserves étaient néanmoins subordonnées à l'approbation du commissaire principal des Terres et des Travaux publics et du surintendant fédéral, conformément au décret 1334. Or, de conclure le juge de première instance, que Ashdown Green ait ou non recommandé l'attribution des réserves n^{os} 11 et 12 à la bande de Cape Mudge, aucune décision à cet effet n'avait été prise en haut lieu. Comme l'a affirmé récemment notre 28

relevant "intention" is the "intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown" (para. 69).

29 The Cape Mudge Band contends that, notwithstanding the findings of the trial judge, Ashdown Green *did* have authority to allocate reserves within the Laich-kwil-tach First Nation and *did* award both Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to them. Their factual argument turns on disputed inferences from a notation on a map of the two reserves attached to Ashdown Green's 1888 Report that was entitled "Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw) Indians. We-way-a-kay Band", and by subsequent repetition of this allocation for a short period in the Schedules of Indian Reserves published by the Department of Indian Affairs.

30 The Department officially began publishing these Schedules in 1892. They included a summary of the location and size of the various reserves in British Columbia. The Schedules were not legally mandated and were primarily internal administrative documents. Often they contained errors. The 1892 Schedule (i.e., the first to be published) listed the Reserves Nos. 10, 11 and 12 surveyed by Ashdown Green as belonging to the "Laich-Kwil-Tach Indians" without any indication of how these reserves were to be distributed amongst the four bands composing the Laich-kwil-tach First Nation. By 1902, Reserves Nos. 11 and 12 were shown on the Schedule as allocated to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band.

31 The trial judge found that the Cape Mudge Band had not in fact resided in the area now designated Reserve No. 11. Its members had used the rich fishing grounds in the vicinity in common with other Laich-kwil-tach peoples, but had landed their catch elsewhere along the shoreline.

32 When a particular reserve was provisionally allocated at the band level, the practice was for a departmental official to write out a band's name in full for the first entry, and for every successive reference (in

Cour dans l'arrêt *Ross River*, précité, par. 69, l'« intention » requise est l'intention manifestée par « des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne [. . .] de créer une réserve ».

La bande de Cape Mudge soutient que, malgré les conclusions du juge de première instance, Ashdown Green *avait effectivement* le pouvoir d'attribuer des réserves aux bandes de la Première nation Laich-kwil-tach et qu'il leur *a effectivement* attribué les réserves n^{os} 11 et 12. Leur argument factuel repose sur des inférences contestées, tirées d'une inscription portée sur un croquis des deux réserves joint au rapport de 1888 de Ashdown Green, intitulé [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw). Bande We-way-a-kay », et sur la mention subséquente de cette attribution, pendant une courte période, dans les répertoires des réserves indiennes publiés par le ministère des Affaires indiennes.

Le ministère a officiellement commencé à publier ces répertoires en 1892. Ils comprenaient un résumé de l'emplacement et de la taille des réserves de la Colombie-Britannique. La préparation de ces répertoires n'était pas requise par la loi, et ceux-ci constituaient d'abord et avant tout des documents administratifs internes. Ils comportaient souvent des erreurs. Le répertoire de 1892 (le premier qui fut publié) indiquait que les réserves n^{os} 10, 11 et 12, arpentées par Ashdown Greene, appartenaient aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-Kwil-Tach », sans préciser de quelle façon ces réserves étaient réparties entre les quatre bandes de la Première nation Laich-kwil-tach. Le répertoire de 1902 indiquait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge).

De l'avis du juge de première instance, la bande de Cape Mudge n'avait pas, dans les faits, résidé dans la région maintenant désignée comme étant la réserve n^{o} 11. Les membres de cette bande pêchaient dans les eaux poissonneuses de l'endroit avec les autres peuples Laich-kwil-tach, mais ils déposaient leurs prises ailleurs sur le littoral.

Lorsqu'une réserve donnée était provisoirement attribuée à une bande, la pratique ministérielle était d'inscrire au complet le nom de la bande la première fois, puis (dans un regrettable souci d'économie

an unfortunate economy of effort) the official would simply put quotation or "ditto" marks. Thus by 1902, the Schedule (unlike the 1892 Schedule) showed an allocation to the Cape Mudge Band ("Wewayakay") of both Reserve No. 11 *and* Reserve No. 12 as follows:

Reserve No	Reserve Name	Tribe or Band
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [*listing of reserves 2 to 6 omitted*]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 8, p. 1325)

A note in the margin of the 1902 Schedule stated, "[a]llotted by Mr. Ashdown Green . . . May 7, 1888. Surveyed, 1888. Final confirmation, May 18, 1889". As stated, the trial judge found this information to be erroneous. The only approval given by the Indian Superintendent was approval of the reserves for the Laich-kwil-tach First Nation and not for any of its subgroups. The approval was in any event provisional, as the Indian Superintendent must be taken to have been aware that British Columbia had still not agreed on what provincial Crown lands would be made available for that purpose.

The trial judge's findings of fact were clearly supported by the evidence and collectively are fatal to the Cape Mudge Band claim to both reserves. Appearance of the band name on an Indian Affairs document used for administrative purposes does not create in law a reserve in their favour, particularly where the document is based on erroneous information. The Cape Mudge Band did have, as members of the Laich-kwil-tach First Nation, a claim for the appropriate consideration of their requirements. As

d'effort) d'ajouter simplement des guillemets de répétition pour les inscriptions subséquentes. Ainsi, le répertoire de 1902 (contrairement à celui de 1892) indiquait, de la façon suivante, que la réserve n° 11 *et* la réserve n° 12 avaient été attribuées à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») :

[TRADUCTION]

Réserve n°	Nom de la réserve	Tribu ou bande
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [*réserves 2 à 6 omises*]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 8, p. 1325)

Une note inscrite en marge dans le répertoire de 1902 indiquait : [TRADUCTION] « [a]ttribuées par M. Ashdown Green [. . .] le 7 mai 1888. Arpentées en 1888. Confirmation définitive le 18 mai 1889 ». Comme nous l'avons vu plus tôt, le juge de première instance a estimé que cette information était erronée. La seule approbation donnée par le surintendant des Affaires indiennes concernait les réserves attribuées à la Première nation Laich-kwil-tach et non à ses sous-groupes. Quoi qu'il en soit, il s'agissait d'une approbation provisoire, car il faut supposer que le surintendant savait que la Colombie-Britannique n'avait pas encore décidé des terres domaniales qui devaient servir à cette fin.

33 Les conclusions du juge de première instance sont clairement étayées par la preuve et, collectivement, elles sont fatales à la revendication des deux réserves par la bande de Cape Mudge. La mention du nom de la bande dans un document des Affaires indiennes servant principalement à des fins administratives ne crée pas juridiquement de réserve au profit de la bande, en particulier lorsque ce document repose sur des renseignements erronés. En tant que membre de la Première nation Laich-kwil-tach,

to Reserve No. 11 in particular, however, their own Chief and Principal Men authoritatively disclaimed any beneficial interest on numerous occasions prior to the lawsuit.

34 As early as March 24, 1896, Indian Agent Pidcock reported:

> At a meeting in the house of the chief yesterday, the Indians of the We-Wai-Ai-Kai [Cape Mudge] band who reside on the Reserve at Cape Mudge, said they had always considered the Reserve at Campbell River to belong to Chief Kwaksista [Quacksister], and they did not claim any of it.

This disclaimer was repeated more authoritatively by formal resolution of the Chief and Principal Men in March 1907. No claim was made to Reserve No. 11 by the Cape Mudge Band either in 1914 when making submissions to the McKenna McBride Commission, or again in response to an Indian Affairs departmental inquiry in 1936. Having on those occasions acknowledged the beneficial interest in Reserve No. 11 to be in the Campbell River Band, equitable relief is not available to the Cape Mudge Band to achieve what would now be a most inequitable dispossession of its sister band. Nor, for the reasons to follow, is "equitable" compensation available against the Crown in substitution for the inequitable dispossession which, quite understandably, the Cape Mudge Band does not really desire.

F. *The Claim of the Campbell River Band ("Wewaykum")*

35 The imputed allocation in the 1902 Schedule of both Reserves Nos. 11 and 12 to the Cape Mudge Band ("Wewayakay") created practical difficulties, as the Cape Mudge Band was not in occupation of Reserve No. 11, and never had been, whereas members of the Campbell River Band had been there for several years.

36 In 1905, a dispute between the two bands over fishing rights in the Campbell River led to a dispute over possession of Reserve No. 11. At about

la bande de Cape Mudge pouvait demander que ses exigences soient dûment prises en considération. À plusieurs reprises avant le début de l'action, toutefois, le chef et les anciens de la bande ont formellement déclaré n'avoir aucun intérêt bénéficiaire relativement à la réserve nº 11 en particulier.

Déjà, le 24 mars 1896, l'agent des Indiens concerné, un certain Pidcock, rapportait ce qui suit :

> [TRADUCTION] Lors d'une réunion tenue dans la maison du chef hier, les Indiens de la bande We-wai-ai-kai qui résident dans la réserve de Cape Mudge ont affirmé qu'ils avaient toujours considéré que la réserve de Campbell River appartenait au chef Kwaksista [Quacksister], et ils n'en revendiquent aucune part.

Cette renonciation a été réitérée plus officiellement dans une résolution formelle du chef et des anciens en mars 1907. La bande de Cape Mudge n'a revendiqué la réserve nº 11 ni dans son mémoire à la Commission McKenna-McBride en 1914 ni dans sa réponse à l'enquête du ministère des Affaires indiennes en 1936. Ayant reconnu, à ces deux occasions, que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve nº 11 appartenait à la bande de Campbell River, la bande de Cape Mudge ne saurait disposer d'un recours en equity qui, aujourd'hui, aurait pour effet de déposséder de cette réserve une bande sœur d'une manière tout à fait inéquitable. La bande de Cape Mudge ne saurait non plus, pour les motifs qui vont suivre, obtenir de l'État paiement d'une indemnité « en equity » à la place de la dépossession inéquitable qui, on le comprend très bien, n'est pas la solution que désire réellement la bande.

F. *La revendication de la bande de Campbell River (« Wewaykum »)*

L'attribution, dans le répertoire de 1902, des réserves nº 11 et nº 12 à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») a engendré des difficultés d'ordre pratique, puisque cette bande n'occupait pas la réserve nº 11 et ne l'avait d'ailleurs jamais occupée, alors que des membres de la bande de Campbell River l'habitaient depuis plusieurs années.

En 1905, un différend entre les deux bandes au sujet de droits de pêche dans la rivière Campbell s'est étendu à la possession de la réserve nº 11. Vers

the same time, the International Timber Company expressed an interest in using the area in conjunction with their logging operations. It thus became necessary to sort out who was (provisionally) entitled to what. The Indian Agent William Halliday reported to Ottawa that "I deemed it necessary to get an expression of opinion from the Indians regarding ownership of this reserve [i.e., Reserve No. 11]".

It is important to note that Halliday did not consider it his mandate to impose a solution. It was "to get an expression of opinion from the Indians". The result was the *1907 Resolution* in March of that year wherein the Cape Mudge Band "ceded" to the Campbell River Band any claim to Reserve No. 11, subject to retaining fishing rights in the area. The Resolution is set out in the trial judgment, at para. 91, as follows:

Resolved that whereas there is a difference of opinion as to the ownership of the reserve known as the Campbell River Reserve [No. 11], this reserve being claimed by both the Wewaiaikai [Cape Mudge] and Wewaiaikum [Campbell River] Bands, and as the reserve is gazetted in the office of the Indian Department as belonging to the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band, as the reserve is at present occupied by the Wewaiaikum [Campbell River] Band, as it would entail hardship on the members of the Weiwaiaikum [Campbell River] Band to be obliged to move, and as the first Indians to live on this reserve were of the Wewaiaikum [Campbell River] Band, and as the object of the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band in asking for this land for a reserve was to have the use of the river for fishing purposes, therefore, the members of the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiaikum [Campbell River] Band forever, with the proviso that at any and all times the Wewaiaikai [Cape Mudge] Band shall have the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with the Wewaiaikum [Campbell River] Band.

Resolved further that the Indian Agent who is presiding at this meeting is hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out.

la même époque, l'International Timber Company s'est montrée intéressée à utiliser les ressources de la région dans le cadre de ses opérations d'exploitation forestière. Il est donc devenu nécessaire de déterminer (provisoirement) qui avait droit à quoi. Dans un rapport envoyé à Ottawa, l'agent des Indiens William Halliday a indiqué qu'il avait [TRADUCTION] « jugé nécessaire de recueillir l'opinion des Indiens concernant la propriété de la réserve [n° 11] ».

37 Il importe de signaler que, selon Halliday, son mandat ne requérait pas qu'il impose une solution, mais consistait plutôt à [TRADUCTION] « recueillir l'opinion des Indiens ». Le résultat fut la *Résolution de 1907*, prise au mois de mars de l'année en question dans laquelle la bande de Cape Mudge « cédait » à la bande de Campbell River tout droit à la réserve n° 11 sous réserve de la conservation de droits de pêche dans ce secteur. Au paragraphe 91 du jugement de première instance, on cite cette résolution, dont voici en partie le texte :

[TRADUCTION] Il est résolu qu'attendu qu'il existe une divergence d'opinions quant à la propriété de la réserve connue sous le nom de Campbell River [n° 11], cette réserve étant revendiquée par la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] et la bande Wawaiaikum [Campbell River]; que, suivant le bureau du ministère des Affaires indiennes, ladite réserve appartient à la bande Wewaiaikai [Cape Mudge]; que la réserve est présentement occupée par la bande Wewaiaikum [Campbell River]; que les membres de la bande Wewaiaikum [Campbell River] subiraient un préjudice s'ils étaient contraints de déménager; que les premiers Indiens à vivre dans cette réserve appartenaient à la bande Wewaiaikum [Campbell River]; et que la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] revendique ces terres à titre de réserve dans le but d'utiliser la rivière pour y pêcher. Par conséquent, les membres de la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [n° 11] à la bande Wewaiaikum [Campbell River] à jamais, sous réserve du droit incontesté de la bande Wewaiaikai [Cape Mudge] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec la bande Wewaiaikum [Campbell River].

Il est en outre résolu que l'agent des Indiens qui préside l'assemblée soit, par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée.

38 The trial judge was satisfied that the Cape Mudge Indians, either directly or with the assistance of an interpreter, "were capable of communicating in English by March 1907" (para. 430).

39 For my purposes, the key points made in the Resolution adopted by the Cape Mudge Band can be summarized as follows:

1. The Cape Mudge Band acknowledges that Reserve No. 11 is recorded in the departmental Schedule as allocated to it. (There was other corroborating evidence of disclosure by the Crown of the facts known to it as at 1907.)

2. There was however a "difference of opinion" between the bands which needed to be resolved (i.e., the issue here was not one of surrender or alienation but to resolve the "difference of opinion").

3. The members of the Cape Mudge Band recognize that Reserve No. 11 is occupied by the Campbell River Band, who were the first to reside there. (This is consistent with Indian Agent Pidcock's 1896 letter and arguably confirms that in Cape Mudge's then view, Captain John Quacksister was a member of the Campbell River Band.)

4. Members of the Cape Mudge Band acknowledge that it would "entail hardship on the members" of the Campbell River Band "to be obliged to move". (This too is important because it acknowledges that the Campbell River Band had "started to make use of the lands" as contemplated in *Ross River* as an element of reserve creation (para. 67).)

5. The interest of the Cape Mudge Band in Reserve No. 11 "was to have the use of the river for fishing purposes" (i.e., not the reserve for residential purposes).

Le juge de première instance a estimé, au par. 431, que les membres de la bande de Cape Mudge « étaient en mesure de communiquer en anglais en mars 1907 », directement ou par l'intermédiaire d'un interprète.

Pour les besoins des présents motifs, les principaux points de la résolution adoptée par la bande de Cape Mudge peuvent être résumés ainsi :

1. La bande de Cape Mudge y reconnaît que la réserve n° 11 lui est attribuée dans le répertoire du ministère. (D'autres éléments de preuve corroboraient la communication aux intéressés par la Couronne des faits qu'elle connaissait en 1907.)

2. Il existait toutefois entre les bandes une « divergence d'opinions » qu'il fallait résoudre (c'est-à-dire que la question ne portait pas sur une cession ou aliénation, mais consistait à résoudre cette « divergence d'opinions »).

3. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que la réserve n° 11 est occupée par la bande de Campbell River, qui a été la première à y vivre. (Cette admission concorde avec la lettre de 1896 de l'agent des Indiens Pidcock et, peut-on soutenir, confirme que, à cette époque, la bande de Cape Mudge considérait que le capitaine John Quacksister était membre de la bande de Campbell River.)

4. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que les membres de la bande de Campbell River [TRADUCTION] « subiraient un préjudice s'ils étaient contraints de déménager ». (Cette admission est elle aussi importante, car on reconnaît que la bande de Campbell River a « commencé à utiliser les terres en question », situation qui, suivant l'arrêt *Ross River*, constitue un des éléments requis pour la création d'une réserve (par. 67).)

5. La bande de Cape Mudge s'intéressait à la réserve n° 11 [TRADUCTION] « dans le but d'utiliser la rivière pour y pêcher » (et non pour habiter la réserve en question).

6. The Cape Mudge Band "in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiaikum [Campbell River] Band forever". (This seems to be in the nature of a quit claim deed rather than a "surrender" or purported conveyance of any interest.)

7. Reserving to the Cape Mudge Band "the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with" the Campbell River Band;

8. The Indian Agent Halliday was "hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out".

6. Les membres de la bande de Cape Mudge [TRADUCTION] « ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [nº 11] à la bande Wewaiaikum [Campbell River] à jamais ». (Il semble s'agir ici d'un acte de transport par renonciation plutôt que de la « cession » ou du transfert d'un quelconque intérêt.)

7. La bande de Cape Mudge se réservait le [TRADUCTION] « droit incontesté [. . .] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec » la bande de Campbell River.

8. L'agent des Indiens Halliday était [TRADUCTION] « par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée ».

The trial judge concluded that Halliday must have assumed that no reciprocal Resolution was required from the Campbell River Band disclaiming any interest in Reserve No. 12 because the Schedule at Indian Affairs already listed that reserve as allocated to the Cape Mudge Band and there was at that time no dispute about it.

Le juge de première instance a conclu que M. Halliday avait dû présumer que la bande de Campbell River n'était pas tenue d'adopter une résolution réciproque renonçant à tout droit sur la réserve nº 12, étant donné que le répertoire du ministère des Affaires indiennes indiquait déjà que cette réserve était attribuée à la bande de Cape Mudge et qu'il n'existait à cette époque aucun différend à ce sujet.

Counsel for Cape Mudge argues that the *1907 Resolution* is invalid for non-compliance with the surrender provisions of the *Indian Act* but (i) I do not think resolution of a "difference of opinion" between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should be characterized as a surrender, (ii) the land designated as Reserve No. 11 was not an Indian Reserve within the meaning of the *Indian Act* in 1907; it was still provincial Crown property, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876 (*The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27).

40

L'avocat de la bande de Cape Mudge affirme que la *Résolution de 1907* est invalide parce qu'elle n'est pas conforme aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession, mais (i) je ne crois pas qu'on puisse qualifier de cession le règlement d'une « divergence d'opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s'était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) les terres désignées comme étant la réserve nº 11 n'étaient pas une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens* en 1907, elles étaient encore des terres de la Couronne provinciale, et (iii), de toute manière, l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876 (*Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, nº 27).

41 The effect of the *1907 Resolution* was ineptly recorded by Indian Affairs in Ottawa in a handwritten addition to the 1902 Schedule as follows:

Reserve No.	Reserve Name	Tribe or Band
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [*listing of reserves 2 to 6 omitted*]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	*We-way-akum band*
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 9, p. 1453)

42 As is apparent, through a further unfortunate economy of effort, the handwritten note of "We-way-akum band" opposite Reserve No. 11 was not accompanied by any amendment to the Schedule to clarify the status of Reserve No. 12, whose ditto marks remained unchanged. The trial judge characterized this as the "ditto mark error". He found, amply supported by the evidence, that the handwritten correction was intended to refer only to Reserve No. 11, and that there was no intention (or basis) to make any change to Reserve No. 12, which was not part of the *1907 Resolution.* The "difference of opinion", on the evidence, was confined at that time to Reserve No. 11. On a correct interpretation, therefore, the ditto marks opposite Reserve No. 12 *continued* to refer to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band, despite the confusion introduced by the subsequent handwritten notation against Reserve No. 11.

43 In light of the trial judge's findings that the "ditto mark error" was the result of a simple slip, and that there was no demonstrated reason for the

L'effet de la *Résolution de 1907* a été maladroitement consignée par les Affaires indiennes à Ottawa au moyen d'une note manuscrite ajoutée ainsi au répertoire de 1902 :

[TRADUCTION]

Réserve n°	Nom de la réserve	Tribu ou bande
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [*réserves 2 à 6 omises*]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	*Bande We-way-akum*
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 9, p. 1453)

Comme on le constate, par suite d'un autre regrettable souci d'économie d'effort, l'inscription manuscrite « Bande We-way-akum » insérée en regard de la réserve n° 11 n'a pas été accompagnée d'une modification du répertoire expliquant le statut de la réserve n° 12, pour laquelle on a conservé les guillemets de répétition. Le juge de première instance a qualifié cette bourde d'« erreur des guillemets de répétition ». Il a conclu — conclusion abondamment appuyée par la preuve — que la correction manuscrite ne concernait que la réserve n° 11 et qu'il n'y avait eu aucune intention (ou raison) d'apporter des modifications à la situation de la réserve n° 12, laquelle n'était pas visée par la *Résolution de 1907.* Compte tenu de la preuve, la « divergence d'opinions » ne portait à ce moment que sur la réserve n° 11. Par conséquent, selon l'interprétation qui s'impose, les guillemets placés en regard de la réserve n° 12 *continuaient* de correspondre à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge), malgré la confusion créée par l'inscription manuscrite insérée vis-à-vis de la réserve n° 11.

Eu égard à la constatation du juge de première instance que « l'erreur des guillemets de répétition » résultait simplement d'une

1907 Resolution to have precipitated the reallocation not only of Reserve No. 11 but of Reserve No. 12 as well, which contradicted the intention of the parties, it is difficult not to see the Campbell River Band's position as an overly technical attempt to rely on what it conceives to be "the letter of the law". This, I think, is unfortunate. Our Court has on several occasions emphasized that in dealing with the Indian interest in reserves, "we must ensure that form not trump substance" (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 16) or allow the true intention of the parties to be frustrated by "technical" rules embodied in the common law (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 6).

inadvertance et qu'on n'avait démontré l'existence d'aucune raison pour laquelle la *Résolution de 1907* aurait entraîné la réattribution non seulement de la réserve n° 11 mais également celle de la réserve n° 12 — contrairement à l'intention des parties —, il est difficile de voir dans la position de la bande de Campbell River autre chose qu'une tentative excessivement formaliste d'invoquer ce qu'elle considère être la « lettre de la loi ». Cette situation est, selon moi, malheureuse. Notre Cour a à plusieurs reprises souligné que, dans l'examen des droits des Indiens sur les réserves, « nous devons veiller à ce que la forme ne l'emporte pas sur le fond » (*Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 16), ou à ce que des règles « de forme » de la common law ne viennent pas frustrer l'intention véritable des parties (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 6).

In my view, the Campbell River Band's claim to a "legislated entitlement" is misconceived, but in any event it is seeking *equitable* relief against the Crown, and equity has always looked to substance not form, as will be discussed below.

44 Je suis d'avis que la revendication par la bande de Campbell River d'un [TRADUCTION] « droit d'origine législative » n'est pas fondée. De toute manière, elle a intenté un recours en equity contre la Couronne et, en equity, le fond prime toujours sur la forme, comme il sera expliqué plus loin.

It is difficult to see how such a "ditto mark error" could ever form the basis of *equitable* relief.

45 On voit mal comment une « erreur de guillemets de répétition » comme celle commise en l'espèce pourrait fonder un recours en equity.

G. *The McKenna McBride Commission, 1912*

G. *La Commission McKenna-McBride, 1912*

The continuing disagreements between the federal and provincial governments about the size and number of reserves in British Columbia led to the establishment in 1912 of the McKenna McBride Commission. Its mandate included the power to vary "the acreage of Indian Reserves", either to reduce the size of a parcel provincially set aside as a reserve where "the Commissioners are satisfied that more land is included in any particular Reserve as now defined than is reasonably required for the use of the Indians of that tribe or locality", or to add acreage where "an insufficient quantity of land has been set aside for the use of the Indians of that locality", or to "set aside land

46 Comme le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial continuaient à différer d'opinions au sujet de la taille et du nombre des réserves en Colombie-Britannique, on a établi la Commission McKenna-McBride en 1912. Pour l'accomplissement de son mandat, celle-ci avait notamment le pouvoir de modifier [TRADUCTION] « la superficie des réserves indiennes », soit en réduisant la taille d'une parcelle mise de côté par la province pour établir une réserve lorsque, [TRADUCTION] « de l'avis des commissaires, une réserve donnée, telle qu'elle est aujourd'hui délimitée, couvr[ait] une superficie supérieure à ce qui [était] raisonnablement requis pour l'usage des Indiens de cette tribu ou de cet

for any Band of Indians for whom land has not already been reserved".

47 The McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. In their analysis of the evidence gathered there, the Commissioners acknowledged that Reserve No. 11 was properly allocated in the federal Schedule to the Campbell River Band, but noted the error with respect to Reserve No. 12:

> This reserve [Quinsam] appears in the Schedule as one of the Wewayakum [Campbell River] Band. It is not so regarded by that Band and is claimed by the Wewayakay [Cape Mudge] Band, with right according to Agent Halliday. It has been counted as in Schedule in estimating per capita acreage.

48 In their respective appearances before the McKenna McBride Commission in 1914, the Campbell River Band made no claim to Reserve No. 12 and the Cape Mudge Band made no claim to Reserve No. 11.

49 The McKenna McBride Commission concluded its business, making no changes to the federal 1913 Schedules, despite noting various allocation errors. Commissioner MacDowall is recorded as having commented with respect to the reserve situations:

> We have to take these reserves as they appear in the government list and we are dealing with the land and not with the distribution of the Tribe at all — That is a matter for the Department to settle.

The McKenna McBride Commission neither added acreage nor subtracted acreage from Reserve No. 11 or Reserve No. 12. This, in the trial judge's view at para. 106, confirmed that the "Commission's role was not to deal with beneficial ownership of reserves, but simply with size. Ownership was a matter to be dealt with by the [federal] Department of Indian Affairs". "In fact", he added, "years

endroit », soit en l'augmentant lorsqu'« une quantité insuffisante de terres a[vait] été mise de côté pour l'usage des Indiens de cet endroit » ainsi que le pouvoir de « mettre de côté des terres pour toute bande indienne à l'intention de laquelle aucune terre n'a[vait] encore été réservée ».

La Commission a visité les réserves dont on projetait l'établissement dans la région de Campbell River. Dans l'analyse de la preuve qu'ils y ont recueillie, les commissaires ont reconnu que la réserve n^{o} 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River dans le répertoire fédéral, mais ils ont relevé l'erreur commise relativement à la réserve n^{o} 12 :

> [TRADUCTION] Suivant le répertoire, la réserve [Quinsam] appartient à la bande Wewayakum [Campbell River]. Ce n'est pas ainsi que cette bande considère la réserve, que la bande Wewayakay [Cape Mudge] revendique, avec droit selon l'agent Halliday. On a tenu compte de ce qui était écrit dans le répertoire pour estimer la superficie par personne.

Devant la Commission McKenna-McBride en 1914, la bande de Campbell River n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 12 et la bande de Cape Mudge n'a pas revendiqué la réserve n^{o} 11.

La Commission a complété son mandat, n'apportant aucune modification au répertoire fédéral de 1913, même si elle avait relevé quelques erreurs d'attribution. On rapporte le commentaire suivant du commissaire MacDowall relativement à l'emplacement des réserves :

> [TRADUCTION] Nous devons tenir ces réserves pour ce qu'elles paraissent dans la liste du gouvernement; nous nous occupons des terres et non de leur distribution par la Tribu — c'est au ministère qu'il appartient de régler cette question.

La Commission n'a ni augmenté ni diminué la superficie des réserves n^{os} 11 ou 12. De l'avis du juge de première instance, au par. 106 ce fait confirmait que « la Commission n'avait pas pour rôle de se pencher sur le droit de propriété bénéficiaire à l'égard des réserves, mais uniquement sur leur superficie. La propriété était une question qui relevait du ministère [fédéral] des Affaires

after the McKenna McBride Commission hearings, a number of errors with respect to the individual allocation of reserves to bands or subgroups were brought to the attention of various department officials by Halliday as well as by Indian Commissioner [W.E.] Ditchburn." The McKenna McBride Commission did factor the acreage of Reserve No. 12 into the Campbell River Band's entitlement, a point which the Campbell River Band now says shows the allocation of both reserves to it to be deliberate and wholly justified. However, as mentioned, strategic location in relation to the fishery, not acreage, seemed to be of prime importance to the bands.

indiennes ». « En fait », a-t-il ajouté, « plusieurs années après la tenue des auditions de la Commission McKenna-McBride, nombre d'erreurs relativement à l'attribution des réserves à des bandes ou à des sous-groupes ont été portées à l'attention de différents représentants du ministère par Halliday de même que par le commissaire des affaires indiennes [W.E.] Ditchburn. » La Commission a inclus la superficie de la réserve n^{o} 12 dans la superficie attribuée à la bande de Campbell River, ce qui, affirme aujourd'hui la bande, démontre que l'acte par lequel on lui a attribué les deux réserves était délibéré et entièrement justifié. Toutefois, comme nous l'avons mentionné plus tôt, c'est l'emplacement stratégique des terres pour la pratique de la pêche qui semblait être l'aspect le plus important pour les bandes, et non la superficie de ces terres.

H. *The Ditchburn Clark Commission*

H. *La Commission Ditchburn-Clark*

Unfortunately, the McKenna McBride Report also failed to obtain provincial approval. The federal and provincial governments then enacted mirror legislation establishing the Ditchburn Clark Commission to attempt to bring closure for a federal-provincial wrangle that at that stage had dragged on for almost 50 years: see *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, c. 32, and *British Columbia Indian Lands Settlement Act*, S.C. 1920, c. 51. Its report did not appear until 1923. With respect to Reserves Nos. 11 and 12, it basically restated the position already proposed in the McKenna McBride Report.

50 Malheureusement, le rapport de la Commission McKenna-McBride n'a pas reçu lui non plus l'aval du gouvernement provincial. Le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont, au moyen de lois habilitantes analogues, créé la Commission Ditchburn-Clark dans le but de tenter de mettre un terme au différend fédéral-provincial qui, à cette date, durait depuis presque 50 ans : voir *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, ch. 32, et *Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique*, S.C. 1920, ch. 51. La Commission n'a remis son rapport qu'en 1923. Relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, elle reformulait en gros la position déjà avancée dans le rapport de la Commission McKenna-McBride.

In 1924, the British Columbia government as well as the federal government finally adopted the McKenna McBride recommendations, as modified by the Ditchburn Clark Report. The federal Order-in-Council P.C. 1265, made July 19, 1924, provided that such adoption was in "full and final adjustment and settlement of all differences in [this matter] between the Governments of the Dominion and the Province, in fulfilment of the said Agreement of the 24th day of September, 1912 [establishing the McKenna McBride Commission], and also of Section 13 of the Terms of Union . . .". Provincial

51 En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont finalement adopté les recommandations de la Commission McKenna-McBride, telles qu'elles avaient été modifiées par le rapport Ditchburn-Clark. Le décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, précisait que l'adoption du rapport McKenna-McBride avait pour objet le [TRADUCTION] « règlement complet et final de tous les différends [sur la question] entre les gouvernements du Dominion et de la province, conformément au protocole du 24 septembre 1912 [créant la Commission McKenna-McBride] et à l'article 13

Order-in-Council No. 911 made July 26, 1923, was to the same effect. This eventually led to the issuing of provincial Order-in-Council No. 1036 on July 29, 1938, which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. While the Department of Indian Affairs treated the "reserves" in British Columbia as being in existence prior to these formal enactments, there was a good deal of confusion in the early years regarding the precise nature of the federal interest under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It was not until the Judicial Committee of the Privy Council decision in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, that it was made clear that under s. 91(24) all "the Dominion had [was] a right to exercise legislative and administrative jurisdiction — while the territorial and proprietary ownership of the soil was vested in the Crown for the benefit of and subject to the legislative control of the Province . . ." (see *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), at p. 395, aff'd (1900), 32 O.R. 301 (Div. Ct.), aff'd (1901), 32 S.C.R. 1, aff'd [1903] A.C. 73 (P.C.)). More importantly, given the critical role of "intention" in the creation of reserves (*Ross River*, *supra*, at para. 67), it was clear that at the highest levels of both governments the *intention* was to proceed by way of mutual agreement. An intention to create a reserve in 1907 on land that might be withdrawn from the federal-provincial package at any time prior to such agreement being concluded cannot reasonably be attributed to the federal Crown.

52 The position of the Campbell River Band is that the series of orders-in-council appending the faulty Schedules placed a legislative seal of approval ("legislative entitlement") on the "ditto mark error", and that the courts are now bound to give it full effect by dispossessing the Cape Mudge Band from Reserve No. 12 (not its preferred solution) or obtaining "equitable compensation" from the Crown in lieu thereof.

des Conditions de l'adhésion ». Le décret provincial nº 911, pris le 26 juillet 1923, était au même effet. Toutes ces mesures ont finalement mené à la prise du décret provincial nº 1036, le 29 juillet 1938, lequel transférait à la Couronne du chef du Canada la maîtrise et l'administration des terres visées. Bien que le ministère des Affaires indiennes considérât que les « réserves » de Colombie-Britannique existaient déjà avant la prise de ces textes officiels, il régna beaucoup de confusion au début de la Confédération au sujet de la nature précise de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce n'est que lorsque le Comité judiciaire du Conseil privé a rendu l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, qu'il a été établi clairement que le par. 91(24) avait pour effet de conférer au Dominion uniquement [TRADUCTION] « le droit d'exercer des pouvoirs de nature législative et administrative à l'égard des terres visées — alors que la propriété de celles-ci était dévolue à la Couronne pour le bénéfice de la province et relevait de l'autorité législative de cette dernière » (voir *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), p. 395, conf. par (1900), 32 O.R. 301 (C. div.), conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73 (C.P.)). Facteur plus important encore, vu le rôle crucial de l'« intention » en matière de création de réserves (*Ross River*, précité, par. 67), il est clair que les plus hautes instances des deux gouvernements avaient eu l'*intention* d'agir par voie d'accord mutuel. On ne saurait raisonnablement imputer à la Couronne fédérale, en 1907, l'intention de créer une réserve sur des terres susceptibles d'être soustraites, à tout moment avant la conclusion d'un tel accord, de celles dont conviendraient les gouvernements fédéral et provincial en bout de ligne.

La bande de Campbell River soutient que, par la série de décrets accompagnant les répertoires erronés, les législateurs se sont trouvé à entériner « l'erreur des guillemets de répétition » (créant ainsi un « droit d'origine législative »), et que les tribunaux sont aujourd'hui tenus d'y donner plein effet en dépossédant la bande de Cape Mudge de la réserve nº 12 (solution qui n'est toutefois pas celle que la bande de Campbell River privilégie) ou en ordonnant à la Couronne de lui verser à la place une « indemnité en equity ».

Orders-in-council are certainly presumptive proof of the Crown's intention to create a reserve as therein stated but they are not conclusive: *Ross River*, at para. 50. The trial judge found that the federal Crown, in whose jurisdiction the final act of reserve creation resided, *intended* that Reserve No. 12 be allocated to the Cape Mudge Band. As stated, substance not form prevails.

53 L'existence de décrets crée certes une présomption que la Couronne avait l'intention de créer les réserves qui y sont mentionnées, mais un tel élément de preuve n'est pas déterminant : *Ross River*, par. 50. Le juge de première instance a conclu que la Couronne fédérale, à qui appartenait le pouvoir d'accomplir le geste final requis pour créer les réserves, *entendait* que la réserve nº 12 soit attribuée à la bande de Cape Mudge. Comme il a été indiqué plus tôt, le fond l'emporte sur la forme, et non le contraire.

Counsel for the Campbell River Band is correct, of course, that a conventional reading of the ditto marks would give both reserves to his client. If this were the usual real estate battle between multinational corporations, which had negotiated extensively each word and punctuation mark in the documentation, the ditto mark argument might be considered a solid point, except that here his client is seeking *equitable* relief, and even as between multinational corporations such an outcome might be regarded as wholly inequitable in light of the factual findings of the trial judge.

54 Naturellement, l'avocat de la bande de Campbell River a raison de faire valoir que si l'on donnait leur effet habituel aux guillemets de répétition, sa cliente obtiendrait les deux réserves. S'il s'agissait d'un litige foncier normal entre deux entreprises multinationales ayant négocié exhaustivement chaque mot et signe de ponctuation des documents pertinents, ces guillemets pourraient constituer un argument solide, mais en l'espèce sa cliente intente un recours en equity et, même entre multinationales, un tel résultat pourrait être considéré comme tout à fait inéquitable compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge de première instance.

I. *Correction of the "Ditto Mark Error"*

I. *La correction de l'« erreur des guillemets de répétition »*

The apparent conflict between the official records and the *status quo* occupation by the appellant bands was bound to lead to a measure of agitation.

55 Il était certain que la divergence évidente entre les documents officiels et l'occupation concrète des réserves par les bandes appelantes créerait certains problèmes.

In 1928, Indian Commissioner Ditchburn wrote to the Secretary of the Department of Indian Affairs that

> As Quinsam Reserve No. 12 has always been claimed by the We-way-akay (Cape Mudge) Band and the claim has not been disputed by the Wewayakum (Campbell River) Band, I would recommend that it be officially decided as belonging to the We-way-akay Indians and notations made in the Schedule accordingly.

56 En 1928, le commissaire des Affaires indiennes Ditchburn a écrit ce qui suit au secrétaire du ministère des Affaires indiennes :

> [TRADUCTION] Comme la réserve Quinsam nº 12 a toujours été revendiquée par la bande We-way-akay (Cape Mudge) sans contestation de la part de la bande Wewayakum (Campbell River), je recommande qu'il soit officiellement décidé qu'elle appartient aux Indiens We-way-akay et que les annotations soient faites dans le répertoire en conséquence.

Both bands retained legal counsel in 1932 to investigate. In 1934, Indian Agent Todd, Halliday's replacement, was asked to contact the bands to ascertain accuracy of the sub-tribal allocations in

57 En 1932, les deux bandes ont retenu les services d'avocats pour examiner la question. En 1934, l'agent des Indiens Todd, qui avait succédé à Halliday, s'est vu confier la mission de communiquer

the federal Schedule. The trial judge found as a fact that during the ensuing discussions, both appellant bands "were informed of the Department's position with respect to Reserves No[s]. 11 and 12, including the circumstances and full text of the 1907 ceding resolution" (para. 131).

58 After the relevant facts had been ascertained and discussed, both bands confirmed the correctness of the *status quo*.

59 On November 23, 1936, a declaration was signed by the chief and principal men of the Wewaikai Band stating: "We the Chiefs and Principal Men of the Cape Mudge Band, do hereby state under oath that the Reserves shown below are the only reserves belonging to this band and this list is complete" (emphasis added). Among these reserves were Reserve No. 10 (Cape Mudge) and Reserve No. 12 (Quinsam). The Campbell River Reserve No. 11 was not mentioned in their list.

60 A parallel declaration was sworn by members of the Campbell River Band in 1937 indicating that "We the Chiefs and Principal Men of the Campbell River Band, do hereby state under oath that the reserves shown below are the only reserves belonging to this band and that this list is complete" (emphasis added). The list referred to in their declaration, while it mentions "Reserve No. 11", makes no claim to Reserve No. 12.

61 That is, both bands made declarations that corresponded to their actual incumbency. The various attacks now made on these declarations and the Indian agents by the respective sets of appellants were rejected by the trial judge. No reason has been shown to interfere with the trial judge's finding in that regard.

62 In 1943, Indian Affairs published a corrected Schedule of Reserves. Corresponding to the sworn declarations, Reserve No. 11 was listed for the Campbell River Band and Reserve No. 12 was listed for the Cape Mudge Band. However, it seems that no formal amendment has been made to the various

avec les bandes pour vérifier l'exactitude des données consignées dans le répertoire fédéral relativement à l'attribution des réserves aux sous-groupes. Le juge de première instance a conclu, au par. 131, qu'à l'issue des discussions qui ont suivi, les deux bandes appelantes « connaissaient la position du ministère relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, de même que les circonstances et le texte intégral de la résolution de cession de 1907 ».

Après avoir établi les faits pertinents et en avoir discuté, les deux bandes ont confirmé la validité du statu quo.

Le 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande Wewaikai ont signé la déclaration suivante : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Cape Mudge, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). Au nombre de ces réserves se trouvaient la réserve n^{o} 10 (Cape Mudge) et la réserve n^{o} 12 (Quinsam). La réserve n^{o} 11 (Campbell River) n'y était pas mentionnée.

Les membres de la bande de Campbell River ont signé sous serment une déclaration analogue en 1937 : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Campbell River, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). La liste en question fait état de la réserve n^{o} 11, mais non de la réserve n^{o} 12.

En conséquence, chaque bande a fait une déclaration correspondant à l'occupation qu'elle faisait des terres. Le juge de première instance a rejeté les diverses attaques des bandes contre ces déclarations et contre les agents des Indiens. Les parties n'ont pas démontré qu'il y avait lieu de modifier cette conclusion.

En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié une version corrigée du répertoire des réserves. Conformément aux déclarations assermentées, le répertoire indiquait que la réserve n^{o} 11 appartenait à la bande de Campbell River et que la réserve n^{o} 12 appartenait à celle de Cape Mudge. Il semble

orders-in-council that had appended the previous faulty Schedules.

J. *Recent Developments*

The dispute resurfaced in the 1970s. The Campbell River Band, through legal counsel, contacted the Minister of Indian Affairs regarding Reserve No. 12. In response, and after inquiry, Indian Affairs reported: "In view of the evidence available in our records, we have to state that the Quinsam Indian Reserve No. 12 is set apart for the use and benefit of the Cape Mudge [Wewaikai] Band of Indians". The Department attached copies of the *1907 Resolution* and the 1936 and 1937 declarations.

In 1985, the Campbell River Band initiated action against the Crown and the Cape Mudge Band. It did so, as stated in para. 30 of its factum, because of the perceived impact of the decision of this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, where a precedent was set of financial compensation to an Indian band for breach of fiduciary duty in the disposition of part of its reserve. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. In October 1989, the actions were consolidated.

K. *Identification of the Beneficial Interests*

As Commissioner O'Reilly stated in 1886, the job of the Indian Commissioners was to ascertain reserves on the basis of the "places they [the Indians] wish to have".

Whatever was or was not done by Ashdown Green in 1888, the facts remain that (i) under the *1907 Resolution*, (ii) in their evidence to the McKenna McBride Commission and (iii) in their November 23, 1936 declaration, the Chief and Principal Men of the Cape Mudge Band, who were closer in time to

toutefois qu'aucune modification officielle n'ait été apportée aux divers décrets accompagnant les répertoires antérieurs erronés.

J. *Les événements récents*

63 Le différend a repris naissance dans les années 1970. Par l'entremise d'un avocat, la bande de Campbell River a communiqué avec le ministre des Affaires indiennes au sujet de la réserve nº 12. Après enquête, le ministère a répondu que, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la preuve disponible dans nos dossiers, nous devons conclure que la réserve indienne Quinsam nº 12 est mise de côté au profit et à l'usage de la bande indienne de Cape Mudge [Wewaikai] », et a joint à sa réponse des copies de la *Résolution de 1907* et des déclarations de 1936 et 1937.

64 En 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Comme elle le précise au par. 30 de son mémoire, elle a agi ainsi en raison de la portée qu'elle attribuait à l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, de notre Cour, lequel avait créé un précédent en accordant une compensation financière à une bande indienne par suite d'un manquement de la Couronne à son obligation de fiduciaire dans le cadre de la cession d'une partie de la réserve de la bande en question. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au mois d'octobre 1989, les actions ont été réunies.

K. *Les intérêts bénéficiaires en jeu*

65 Comme l'a indiqué le commissaire O'Reilly en 1886, les commissaires aux Affaires indiennes avaient pour tâche de délimiter les réserves en tenant compte des [TRADUCTION] « endroits qu'ils [les Indiens] souhaitent obtenir ».

66 Quoi qu'ait fait ou n'ait pas fait Ashdown Green en 1888, il reste que (i) dans la *Résolution de 1907*, (ii) dans leur témoignage devant la Commission McKenna-McBride et (iii) dans la déclaration du 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande de Cape Mudge, qui étaient plus contemporains des

the events in question than the present membership, acknowledged that the beneficial interest in Reserve No. 11 rested with the Campbell River Band.

67 Equally, regardless of the "ditto mark error" in the 1913 Indian Affairs Schedule as subsequently reproduced in various orders-in-council (until corrected in 1943), the Campbell River Band is confronted with the facts that before the McKenna McBride Commission and in their January 24, 1937 declaration, their then "Chief and Principal Men" asserted no beneficial interest in Reserve No. 12.

L. *Rectification of Order-in-Council 1036*

68 The trial judge characterized the "ditto mark error" as a clerical error, and purported to "rectify" the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. The Federal Court of Appeal, *per* McDonald J.A., endorsed this approach (para. 150).

69 Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Examples are found in the municipal by-law cases, e.g., in *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (B.C.C.A.); *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (Alta. S.C.A.D.); and is occasionally found in the correction of statutes, *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (B.C.C.A.); *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (B.C.C.A.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (Alta. S.C.A.D.). See also R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), at pp. 164-66; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4th ed. 1905), at p. 344.

70 I have difficulty in attributing to the provincial government of British Columbia in 1938 a

événements en question que les membres actuels de la bande, ont reconnu que la bande de Campbell River était titulaire de l'intérêt bénéficiaire dans la réserve nº 11.

De même, indépendamment de l'« erreur des guillemets de répétition » commise dans le répertoire des Affaires indiennes de 1913 et reproduite subséquemment dans divers décrets (jusqu'à ce qu'elle soit corrigée en 1943), la bande de Campbell River se heurte au fait que, son « chef et [ses] anciens » de l'époque ont affirmé devant la Commission McKenna-McBride et dans la déclaration du 24 janvier 1937, que la bande ne revendiquait aucun intérêt bénéficiaire dans la réserve nº 12.

L. *La rectification du décret 1036*

Le juge de première instance a qualifié « l'erreur des guillemets de répétition » d'erreur d'écriture, et il a dit qu'il entendait « rectifier » le répertoire accompagnant le décret 1036. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge McDonald, a approuvé cette solution (par. 150).

Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu'on considère comme une erreur dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l'intention de son auteur. Une erreur d'écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. On trouve des exemples de telles erreurs dans des décisions touchant des règlements municipaux, par exemple *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (C.A.C.-B.); *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (C.S.D.A. Alb.), et, à l'occasion, dans des affaires portant sur la rectification de lois : *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (C.A.C.-B.); *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (C.A.C.-B.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (C.S.D.A. Alb.). Voir également R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), p. 164-166; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4e éd. 1905), p. 344.

Il me paraît difficile de prêter au gouvernement provincial de la Colombie-Britannique l'intention

"corrected" intent to allocate Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band. Allocation of reserves was not a provincial responsibility. The mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. We really do not know what intent, if any, the provincial government had. The permissible constitutional scope of the provincial "intent" in relation to "lands reserved for Indians" was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. In these circumstances it seems to me unsafe to "correct" the original Schedules to provincial Orders-in-Council Nos. 911 and 1036. As to federal Order-in-Council P.C. 1265 made July 19, 1924, if read correctly according to the eccentric record-keeping practices of the Department of Indian Affairs at the time (i.e., substance over form), no rectification was necessary.

« rectifiée » d'attribuer la réserve n° 12 à la bande de Cape Mudge. L'attribution des réserves ne relevait pas de la province et l'erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna-McBride a relevé l'erreur, mais elle ne l'a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Nous ne savons pas vraiment quelle était l'intention du gouvernement provincial, si intention il y avait. Constitutionnellement, la seule « intention » qu'on puisse prêter à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limitait à la détermination de la taille, du nombre et de l'emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l'administration à la Couronne du chef du Canada. Dans ces circonstances, il me semble imprudent de « rectifier » les répertoires annexés aux décrets n^{os} 911 et 1036. Quant au décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, si on le lit comme il se doit en tenant compte des pratiques singulières en matière de tenue de dossiers du ministère des Affaires indiennes à l'époque (c'est-à-dire en faisant primer le fond sur la forme), aucune rectification n'était nécessaire.

The solution to these appeals, in my opinion, does not lie in the law of rectification but in the law governing the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands, as will now be discussed.

71 À mon avis, ce n'est pas dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l'obligation de fiduciaire invoquée et les réparations en equity sollicitées par les bandes appelantes, aspects que nous allons maintenant examiner.

M. *The Sui Generis Fiduciary Duty*

M. *L'obligation de fiduciaire sui generis*

If, as we affirm, neither band emerged from the reserve-creation process with *both* reserves, the issue arises whether this outcome establishes in the case of either appellant band a breach of fiduciary duty on the part of the federal Crown.

72 Si, comme nous l'affirmons, aucune des deux bandes n'a obtenu les *deux* réserves à l'issue du processus de création de réserves, il faut se demander dans quelle mesure ce résultat établit l'existence d'un manquement par la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire envers l'une ou l'autre bande.

Prior to its watershed decision in *Guerin*, *supra*, this Court had generally characterized the relationship between the Crown and Indian peoples as a "political trust" or "trust in the higher sense". In *St. Catherines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, decided just prior to Ashdown Green's trip to Campbell River, Taschereau J. of this

73 Avant son arrêt de principe *Guerin*, précité, notre Cour avait généralement qualifié les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones de « fiducie politique » ou de fiducie au sens le plus noble du terme. Dans l'arrêt *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, rendu juste avant la visite de Ashdown Green à

Court described the Crown's obligation towards aboriginal people as a "sacred political obligation, in the execution of which the state must be free from judicial control" (p. 649 (emphasis added)). Over 60 years later, in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, Rand J. stated at p. 219:

> The language of the statute [*Indian Act*] embodies the accepted view that these aborigenes are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. [Emphasis added.]

74 The enduring contribution of *Guerin* was to recognize that the concept of political trust did not exhaust the potential legal character of the multitude of relationships between the Crown and aboriginal people. A quasi-proprietary interest (e.g., reserve land) could not be put on the same footing as a government benefits program. The latter will generally give rise to public law remedies only. The former raises considerations "in the nature of a private law duty" (*Guerin*, at p. 385). Put another way, the existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations "in the nature of a private law duty" towards aboriginal peoples.

75 In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Court had recognized for the first time in the modern era that the Indian interest in their ancestral lands constituted a *legal* interest that predated European settlement. Recognition of aboriginal rights could not, therefore, be treated merely as an act of grace and favour on the part of the Crown. These propositions, while brought to the fore in Canadian law relatively recently, are not new. Marshall C.J. of the United States ruled as early as 1823 that the legal rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European

Campbell River, le juge Taschereau a décrit l'obligation de la Couronne envers les peuples autochtones d'[TRADUCTION] « obligation politique sacrée dans l'exécution de laquelle l'État doit être libre de tout contrôle judiciaire » (p. 649 (je souligne)). Plus de 60 ans après, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, le juge Rand a dit ceci, à la p. 219 :

> [TRADUCTION] Le texte de la loi [*Loi sur les Indiens*] renferme la notion acceptée que ces aborigènes sont, en fait, des pupilles de l'État dont le soin et le bien-être constituent une fiducie politique comportant les plus hautes obligations. [Je souligne.]

L'influence durable de l'arrêt *Guerin* a été de reconnaître que la notion de fiducie politique ne fait pas obstacle à la possible reconnaissance du caractère juridique de la myriade de rapports existant entre la Couronne et les peuples autochtones. Un quasi-intérêt propriétal (par exemple des terres faisant partie d'une réserve) ne saurait être assimilé à un programme gouvernemental de prestations. Dans le second cas, seuls des recours de droit public peuvent généralement être intentés, alors que, dans le premier, se soulèvent des considérations participant « de la nature d'une obligation de droit privé » (*Guerin*, p. 385). En d'autres mots, l'existence d'une obligation de droit public n'exclut pas la possibilité que, dans l'accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d'[obligations] de droit privé ».

Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour a reconnu pour la première fois, dans l'histoire moderne, que le droit des Indiens sur leurs terres ancestrales constituait un intérêt *en common law* antérieur à l'établissement des Européens. La reconnaissance des droits ancestraux ne saurait donc être considérée simplement comme un acte de bienveillance de la part de la Couronne. Bien que de telles affirmations soient relativement récentes en droit canadien, elles ne sont pas nouvelles. Le juge en chef Marshall des États-Unis avait statué, dès 1823, que les droits en common law des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées

nations in the territories of the North American continent: *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 573-74; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at paras. 141-46.

Thus in *Guerin* itself, where the Crown failed to carry out its mandate to negotiate on particular terms a lease of 162 acres of an existing Indian reserve to the Shaugnessy Heights Golf Club in suburban Vancouver, Dickson J. (as he then was) was able to distinguish the "political trust" cases as inapplicable in a passage that should be set out in its entirety (at pp. 378-79):

> . . . Indian title is an independent legal right which, although recognized by the Royal Proclamation of 1763, nonetheless predates it. For this reason *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*, *supra*; *Tito v. Waddell (No. 2)*, *supra*, and the other "political trust" decisions are inapplicable to the present case. The "political trust" cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision. [Emphasis added.]

Later in his reasons, Dickson J. further pointed out that fiduciary duty was imposed on the Crown *despite* rather than *because* of its government functions, at p. 385:

> As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the scope of the fiduciary principle. As

avant la colonisation européenne étaient antérieurs aux revendications de souveraineté des différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et avaient survécu à ces revendications : *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), p. 573-574; *Guerin*, précité, p. 377-378; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 141-146.

76 En conséquence, dans l'arrêt *Guerin* lui-même, où la Couronne avait omis de s'acquitter de son mandat et de négocier l'insertion de conditions précises dans un bail, portant sur 162 acres d'une réserve, qui avait été consenti au club de golf Shaugnessy Heights situé en banlieue de Vancouver, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a pu distinguer le pourvoi dont la Cour était saisie des affaires de « fiducie politique » et déclarer cette jurisprudence inapplicable, dans un passage qu'il convient de reproduire en entier (aux p. 378-379) :

> . . . le titre indien est un droit qui a une existence juridique indépendante et qui, bien que reconnu dans la Proclamation royale de 1763, existait néanmoins avant celle-ci. C'est pourquoi les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* et *Tito v. Waddell (N° 2)*, précités, ainsi que les autres décisions concernant les « fiducies politiques » ne s'appliquent pas en l'espèce. La jurisprudence en matière de « fiducies politiques » porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d'autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d'une fiducie s'appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, à la p. 385, le juge Dickson a répété que la Couronne était tenue à des obligations de fiduciaire *malgré* ses fonctions gouvernementales et non *à cause* d'elles :

> Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les « fiducies politiques », on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte

was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

Wilson J., in a concurring opinion, made similar comments, at p. 352:

Dans son opinion concourante, madame le juge Wilson a fait des commentaires similaires, à la p. 352 :

> It seems to me that the "political trust" line of authorities is clearly distinguishable from the present case because Indian title has an existence apart altogether from s. 18(1) of the *Indian Act*. It would fly in the face of the clear wording of the section to treat that interest as terminable at will by the Crown without recourse by the Band.

> Il me semble que la jurisprudence relative à la « fiducie politique » se distingue nettement de l'espèce parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Il serait contraire au texte précis de cette disposition de considérer que Sa Majesté peut, à son gré, mettre fin à ce droit sans que la bande ne dispose d'aucun recours.

77 It is true that Dickson J. also noted, at p. 379, that for purposes of identifying a fiduciary duty:

Il est vrai que dans *Guerin*, p. 379, le juge Dickson a également fait l'observation suivante, relativement à la détermination de l'existence d'une obligation fiduciaire :

> It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases . . . .

> À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas . . .

However, he was speaking of disposition of the Indian band interest in an *existing* Indian reserve in a transaction that predated the *Constitution Act, 1982*. Here we are speaking of a government program to *create* reserves in what was not part of the "traditional tribal lands".

Toutefois, il parlait dans cette affaire de l'aliénation de l'intérêt d'une bande indienne dans une réserve *existante*, dans le cadre d'une opération antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, nous sommes en présence d'un programme gouvernemental qui visait à *créer* des réserves sur des terres ne faisant pas partie des « terres tribales traditionnelles ».

78 The *Guerin* concept of a *sui generis* fiduciary duty was expanded in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to include protection of the aboriginal people's pre-existing and still existing aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In that regard, it was said at p. 1108:

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la portée de la notion d'obligation de fiduciaire *sui generis* énoncée dans *Guerin* a été élargie à la protection des droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut lire ce qui suit à cet égard, à la p. 1108 :

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also: *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 185.

The "historic powers and responsibility assumed by the Crown" in relation to Indian rights, although spoken of in *Sparrow*, at p. 1108, as a "general guiding principle for s. 35(1)", is of broader importance. All members of the Court accepted in *Ross River* that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to the s. 35 rights (*Sparrow*) or existing reserves (*Guerin*). The fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples. As Professor Slattery commented:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a "weaker" or "primitive" people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 17; W. R. McMurtry and A. Pratt, "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective", [1986] 3 C.N.L.R. 19, at p. 31.

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 185.

79 Bien que qualifiée de « principe directeur général d'interprétation du par. 35(1) » dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1108, la notion de « pouvoirs et [. . .] responsabilité historiques de Sa Majesté » à l'égard des droits des Indiens revêt une importance plus grande encore. Dans l'arrêt *Ross River*, précité, tous les juges de notre Cour ont reconnu que la réparation fondée sur l'existence d'une obligation fiduciaire n'était pas limitée aux droits garantis par l'art. 35 (*Sparrow*) ou aux réserves existantes (*Guerin*). Lorsqu'elle existe, l'obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones. Comme l'a fait observer le professeur Slattery :

[TRADUCTION] L'obligation générale de fiduciaire ne tire donc pas ses origines d'un souci paternaliste de protéger un peuple « primitif » ou « plus faible », comme on le suggère parfois, mais plutôt de la nécessité de convaincre des peuples autochtones, à une époque où ils avaient encore un potentiel militaire considérable, que l'État protégerait mieux leurs droits qu'ils ne sauraient le faire eux-mêmes.

(B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753)

Voir également : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 17; W. R. McMurtry et A. Pratt, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19, p. 31.

80 This *sui generis* relationship had its positive aspects in protecting the interests of aboriginal peoples historically (recall, e.g., the reference in *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, to the "great Frauds and Abuses [that] have been committed in purchasing Lands of the Indians"), but the degree of economic, social and proprietary control and discretion asserted by the Crown also left aboriginal populations vulnerable to the risks of government misconduct or ineptitude. The importance of such discretionary control as a basic ingredient in a fiduciary relationship was underscored in Professor E. J. Weinrib's statement, quoted in *Guerin*, *supra*, at p. 384, that: "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." See also: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, *per* Sopinka J., at pp. 599-600; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, *per* La Forest J., at p. 406; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, *per* Wilson J., dissenting, at pp. 135-36. Somewhat associated with the ethical standards required of a fiduciary in the context of the Crown and Aboriginal peoples is the need to uphold the "honour of the Crown": *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 367, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Van der Peet*, *supra*, *per* Lamer C.J., at para. 24; *Marshall*, *supra*, at paras. 49-51.

L'aspect positif de l'établissement de ces rapports *sui generis* fut, historiquement, la protection des intérêts des peuples autochtones (qu'il suffise de rappeler, par exemple, le passage de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, App. II, n° 1, précisant « qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages »), mais l'étendue de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires assumés par la Couronne à l'égard des populations autochtones sur les plans économique, social et foncier a également eu pour effet d'exposer ces populations aux risques de faute et d'ineptie de la part de la Couronne. L'importance de cette autorité et de ces pouvoirs en tant qu'ingrédients fondamentaux de relations fiduciaires a été soulignée par le professeur E. J. Weinrib dans la phrase suivante, citée dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 384 : [TRADUCTION] « la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre ». Voir aussi : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge Sopinka, p. 599-600; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, le juge La Forest, p. 406; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, madame le juge Wilson, dissidente, p. 135-136. L'obligation de préserver [TRADUCTION] « l'honneur de l'État » est liée d'une certaine façon aux normes éthiques que doit respecter un fiduciaire dans le contexte des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones : *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 367, autorisation d'appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Van der Peet*, précité, le juge en chef Lamer, par. 24; *Marshall*, précité, par. 49-51.

81 But there are limits. The appellants seemed at times to invoke the "fiduciary duty" as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests. In this case we are dealing with land, which has generally played a central role in aboriginal economies and cultures. Land was also the subject matter of *Ross River* ("the lands

L'« obligation de fiduciaire » est toutefois assortie de limites. Les appelantes semblent parfois invoquer cette obligation comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C'est aller trop loin. L'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard de droits particuliers des Indiens. En l'espèce, ce sont des terres qui sont en jeu, et

occupied by the Band"), *Blueberry River* and *Guerin* (disposition of existing reserves). Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Since *Guerin*, Canadian courts have experienced a flood of "fiduciary duty" claims by Indian bands across a whole spectrum of possible complaints, for example:

(i) to structure elections (*Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at para. 60; subsequently dealt with in this Court on other grounds);

(ii) to require the provision of social services (*Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236 (Man. Q.B.));

(iii) to rewrite negotiated provisions (*B.C. Native Women's Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304 (T.D.));

(iv) to cover moving expenses (*Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18 (T.D.));

(v) to suppress public access to information about band affairs (*Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116 F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220 (F.C.A.); *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.); *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister*

les terres jouent généralement un rôle central dans les économies et cultures autochtones. Des terres étaient également en jeu dans les affaires *Ross River* (« les terres occupées par la Bande ») et *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Guerin* (aliénation de réserves existantes). Jusqu'à présent, notre Cour n'a pas élargi la protection de l'obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l'égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d'autres intérêts des Indiens, à l'exception de terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Depuis l'arrêt *Guerin*, les tribunaux canadiens sont inondés de demandes de tous ordres présentées par des bandes indiennes et fondées sur l'« obligation de fiduciaire », par exemple : 82

(i) action en matière de règles électorales (*Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), par. 60, examinée plus tard par notre Cour sur d'autres fondements);

(ii) action concernant la fourniture de services sociaux (*Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)* (1997), 9 W.W.R. 236 (B.R. Man.));

(iii) action en modification de dispositions négociées (*B.C. Native Women's Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304 (1re inst.));

(iv) demandes d'indemnisation de frais de déménagement (*Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. nº 1358 (QL) (1re inst.); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1re inst.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1re inst.));

(v) action visant à interdire l'accès par le public aux renseignements concernant les affaires des bandes (*Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. nº 991 (QL) (1re inst.), conf. par [1999] A.C.F. nº 1822 (QL) (C.A.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord*

of Indian and Northern Affairs) (1997), 132 F.T.R. 106);

(vi) to require legal aid funding (*Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174 (T.D.));

(vii) to compel registration of individuals under the *Indian Act* (rejected in *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (P.E.I.S.C.T.D.));

(viii) to invalidate a consent signed by an Indian mother to the adoption of her child (rejected in *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (Alta. Q.B.)).

83 I offer no comment about the correctness of the disposition of these particular cases on the facts, none of which are before us for decision, but I think it desirable for the Court to affirm the principle, already mentioned, that not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature (*Lac Minerals*, *supra*, at p. 597), and that this principle applies to the relationship between the Crown and aboriginal peoples. It is necessary, then, to focus on the particular obligation or interest that is the subject matter of the particular dispute and whether or not the Crown had assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation.

84 I note, for example, what was said by Rothstein J.A. in *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*, at para. 6:

The second argument is that the Government of Canada has a fiduciary duty to the appellants not to disclose the information in question because some of it relates to Indian land. We are not dealing here with the

canadien), [1989] 1 C.F. 143 (1re inst.); *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. no 676 (QL) (1re inst.));

(vi) action relative au financement de procédures judiciaires (*Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174 (1re inst.));

(vii) demande visant à contraindre l'inscription de certaines personnes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (rejetée dans *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (C.S.Î.-P.-É. 1re inst.));

(viii) demande d'invalidation de consentement écrit signé par une mère autochtone relativement à l'adoption de son enfant (rejetée dans *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (B.R. Alb.)).

Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé, eu égard aux faits qui leur sont propres, des décisions rendues dans les affaires susmentionnées, dont aucune ne fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous, mais il convient selon moi que la Cour confirme le principe, mentionné plus tôt, selon lequel les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n'ont pas toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, p. 597), et que ce principe s'applique aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Par conséquent, il est nécessaire de s'attacher à l'obligation ou droit particulier qui est l'objet du différend et de se demander si la Couronne exerçait ou non à cet égard un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation de fiduciaire.

À titre d'exemple, je tiens à citer les propos suivants du juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, précité, par. 6 :

Le deuxième argument est que le gouvernement du Canada a une obligation fiduciaire envers les appelants de ne pas communiquer les renseignements en question parce que certains d'entre eux ont trait à des terres indiennes.

surrender of reserve land, as was the case in *Guerin v. Canada*. Nor are we dealing with Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This case is about whether certain information submitted to the government by the appellants should be disclosed under the *Access to Information Act*. [Emphasis added.]

Nous ne sommes pas en présence de cession de terres d'une réserve tel que c'était le cas dans l'affaire *Guérin c. La Reine*. Nous ne sommes pas non plus en présence de droits des peuples autochtones visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, il s'agit de déterminer si certains renseignements que les appelants ont fournis au gouvernement devraient être communiqués en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. [Je souligne.]

See also *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (Sask. C.A.); *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (F.C.T.D.); *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (B.C.S.C).

Voir aussi *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (C.A. Sask.); *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (C.F. 1re inst.); *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. nº 370 (QL) (1re inst.); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.).

I do not suggest that the existence of a public law duty necessarily excludes the creation of a fiduciary relationship. The latter, however, depends on identification of a cognizable Indian interest, and the Crown's undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility "in the nature of a private law duty", as discussed below.

Je ne prétends pas que l'existence d'une obligation de droit public exclut nécessairement la création de rapports fiduciaires. Toutefois, pour que naissent de tels rapports, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et que la Couronne exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité « de la nature d'une obligation de droit privé », comme nous le verrons plus loin. 85

N. *Application of Fiduciary Principles to Indian Lands*

N. *Application aux terres indiennes des principes relatifs à l'obligation de fiduciaire*

For the reasons which follow, it is my view that the appellant bands' submissions in these appeals with respect to the existence and breach of a fiduciary duty cannot succeed: 86

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les arguments avancés par les bandes appelantes dans les présents pourvois relativement à l'existence d'une obligation de fiduciaire et au manquement à cette obligation ne sauraient être retenus.

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge

2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la

of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band's reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

87 I propose to discuss each of these propositions in turn.

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

88 In *Ross River*, *supra*, the Court affirmed that "[a]lthough this is not at stake in the present appeal, it should not be forgotten that the exercise of this particular power [of reserve creation] remains subject to the fiduciary obligations of the Crown as well as to the constitutional rights and obligations which arise under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (LeBel J., at para. 62). Further, "it must not be forgotten that the actions of the Crown with respect to the lands occupied by the Band will be governed by the fiduciary relationship which exists between

Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

4. En l'espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu'aucune des deux bandes appelantes ne possède d'intérêt bénéficiaire dans la réserve de l'autre, aucun recours en equity n'est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence.

Je vais examiner chacune de ces propositions à tour de rôle.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

Dans l'arrêt *Ross River*, précité, la Cour a affirmé que « [b]ien qu'il ne s'agisse pas là d'une question en litige dans le présent pourvoi, il ne faut cependant pas oublier que l'exercice de ce pouvoir particulier [création de réserves] demeure évidemment assujetti au respect des obligations et droits constitutionnels établis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu'aux obligations de fiduciaire de la Couronne » (le juge LeBel, par. 62). La Cour a ajouté ceci, au par. 77 : « il ne faut pas oublier que les actes accomplis par la Couronne relativement

the Crown and the Band. It would certainly be in the interests of fairness for the Crown to take into consideration in any future negotiations the fact that the Ross River Band has occupied these lands for almost half a century" (para. 77).

aux terres occupées par la Bande sont régis par les rapports de fiduciaire qui existent entre cette dernière et la Couronne. Il serait certainement conforme à l'équité que, dans toutes négociations futures, la Couronne tienne compte du fait que la bande de Ross River occupe ces terres depuis près d'un demi-siècle ».

In the present case the reserve-creation process dragged on from about 1878 to 1928, a period of 50 years. From at least 1907 onwards, the Department treated the reserves as having come into existence, which, in terms of actual occupation, they had. It cannot reasonably be considered that the Crown owed no fiduciary duty during this period to bands which had not only gone into occupation of provisional reserves, but were also entirely dependent on the Crown to see the reserve-creation process through to completion.

89 Dans la présente affaire, le processus de création de réserves s'est étalé de 1878 environ à 1928, soit sur une période de 50 ans. À partir de 1907 au moins, le ministère a considéré que les réserves existaient, ce qui était effectivement le cas, eu égard au fait qu'elles étaient concrètement occupées. On ne peut raisonnablement affirmer que, durant cette période, la Couronne n'avait aucune obligation de fiduciaire envers les bandes concernées qui, en plus d'occuper les réserves provisoires, étaient entièrement tributaires de la Couronne pour que le processus de création des réserves aboutisse.

The issue, for present purposes, is to define the content of the fiduciary duty "with respect to the lands occupied by the Band" (*Ross River*, *supra*, at para. 77) at the reserve-creation stage insofar as is necessary for the disposition of these appeals.

90 En l'espèce, il faut définir, dans la mesure nécessaire pour statuer sur les présents pourvois, en quoi consiste, à l'étape de la création de la réserve, l'obligation de fiduciaire « relativement aux terres occupées par la Bande » (*Ross River*, précité, par. 77).

The situation here, unlike *Guerin*, does not involve the Crown interposing itself between an Indian band and non-Indians with respect to an existing Indian interest in lands. Nor does it involve the Crown as "faithless fiduciary" failing to carry out a mandate conferred by a band with respect to disposition of a band asset. The federal Crown in this case was carrying out various functions imposed by statute or undertaken pursuant to federal-provincial agreements. Its mandate was not the *disposition* of an existing Indian interest in the subject lands, but the *creation* of an altogether new interest in lands to which the Indians made no prior claim by way of treaty or aboriginal right.

91 En l'espèce, contrairement à l'affaire *Guerin*, il ne s'agit pas d'un cas où la Couronne a agi comme intermédiaire entre une bande indienne et des non-Indiens au sujet d'un droit indien existant sur des terres. Il ne s'agit pas non plus d'une situation où la Couronne s'est conduit en « fiduciaire déloyal » en n'exécutant pas le mandat d'aliéner un actif que lui avait confié une bande. Dans la présente affaire, la Couronne fédérale s'acquittait de diverses fonctions qui lui incombaient aux termes de la Loi ou d'accords fédéraux-provinciaux. Elle n'avait pas pour mandat d'*aliéner* un droit indien existant sur les terres en cause, mais de *créer* un intérêt entièrement nouveau visant des terres que les Indiens ne revendiquaient pas déjà en vertu d'un droit ancestral ou issu de traités.

This is not to suggest that a fiduciary duty has no role to play in these circumstances. It is to say, however, that caution must be exercised. As stated, even in the traditional trust context not all obligations existing between the parties to a well-

92 Cela ne veut pas dire que l'obligation de fiduciaire ne joue aucun rôle dans de telles circonstances. Mais il faut toutefois faire montre de circonspection. Comme il a été indiqué précédemment, même dans le cadre d'une fiducie traditionnelle, les obligations

recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature: *Lac Minerals*, *supra*, *per* Sopinka J., at pp. 597 *et seq.* Moreover, as pointed out by La Forest J. in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same: "[T]hese are shaped by the demands of the situation" (p. 149). Thus, for example, the singular demands of the administration of justice drive and "shape" the content of the fiduciary relationship between solicitor and client: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government, as the Court in *Guerin* fully recognized (p. 385). (In the case of rival bands asserting overlapping claims to s. 35 aboriginal title over the same land, for example, the Crown is caught truly and unavoidably in the middle, but that is not the case here.)

93 The starting point in this analysis, therefore, is the Indian bands' interest in specific lands that were subject to the reserve-creation process for their benefit, and in relation to which the Crown constituted itself the exclusive intermediary with the province. The task is to ascertain the content of the fiduciary duty in relation to those specific circumstances.

2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

94 Insofar as the appellant bands contend for a broad application of a fiduciary duty at the stage of reserve creation in non-s. 35(1) lands (as distinguished from

qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n'ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, le juge Sopinka, p. 597 et suiv.). En outre, comme l'a souligné le juge La Forest dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, « elles sont tributaires des exigences de la situation » (p. 149). Ainsi, l'étendue de l'obligation de fiduciaire qui incombe à l'avocat envers son client est tributaire des exigences particulières de l'administration de la justice : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement, comme notre Cour l'a pleinement reconnu dans l'arrêt *Guerin* (p. 385). (Lorsque, par exemple, deux bandes rivales revendiquent le titre ancestral sur les mêmes terres en vertu de l'art. 35, la Couronne se retrouve inévitablement au beau milieu du différend, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.)

Le point de départ de l'analyse est par conséquent le droit des bandes indiennes sur des terres précises ayant fait l'objet du processus de création de réserves pour leur bénéfice et à l'égard desquelles la Couronne s'est constituée l'intermédiaire exclusif auprès de la province. Notre tâche consiste à définir l'étendue de l'obligation de fiduciaire dans ces circonstances particulières.

2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires authochtones de l'obligation.

Comme les bandes appelantes plaident que la notion d'obligation de fiduciaire doit être appliquée largement à l'étape de la création d'une réserve sur

their other arguments concerning existing reserves and reserve disposition), it is necessary to determine what the imposition of a fiduciary duty adds at that stage to the remedies already available at public law. The answer, I think, is twofold. In a substantive sense the imposition of a fiduciary duty attaches to the Crown's intervention the additional obligations of loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the matter at hand and acting in what it reasonably and with diligence regards as the best interest of the beneficiary. In *Blueberry River* McLachlin J. (as she then was), at para. 104, said that "[t]he duty on the Crown as fiduciary was 'that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs'". See also D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 32-33; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. Secondly, and perhaps more importantly, the imposition of a fiduciary duty opens access to an array of equitable remedies, about which more will be said below.

des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) (par opposition à leurs autres arguments concernant les réserves existantes et l'aliénation des réserves), il faut déterminer ce que la reconnaissance d'une telle obligation à cette étape ajoute aux recours de droit public dont elles disposent déjà. À mon avis, la réponse à cette question comporte deux volets. Premièrement, quant au fond, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire assujettit l'intervention de la Couronne à des obligations additionnelles : loyauté, bonne foi, communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et devoir d'agir de façon raisonnable et diligente dans l'intérêt du bénéficiaire de l'obligation. Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 104, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a écrit que, « [e]n tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence "qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires" ». Voir également D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2e éd. 1984), p. 32-33; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315. Deuxièmement, facteur peut-être plus important encore, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire donne ouverture à une panoplie de recours en equity dont il sera question plus en détail ci-dessous.

In this case the intervention of the Crown was positive, in that the federal government sought to create reserves for the appellant bands out of provincial Crown lands to which these particular bands had no aboriginal or treaty right. As explained, the people of the Laich-kwil-tach First Nation arrived in the Campbell River area at about the same time as the early Europeans (1840-1853). Government intervention from 1871 onwards was designed to protect members of the appellant bands from displacement by the other newcomers.

95 En l'espèce, l'intervention de la Couronne a été positive, en ce sens que le gouvernement fédéral entendait créer des réserves en faveur des bandes appelantes sur des terres de la Couronne provinciale à l'égard desquelles ces bandes ne possédaient aucun droit ancestral ou issu de traités. Comme il a été expliqué plus tôt, la Première nation Laich-kwil-tach est arrivée dans la région de Campbell River à peu près en même temps que les premiers Européens (entre 1840 et 1853). Le gouvernement est intervenu, à partir de 1871, pour empêcher que les membres des bandes appelantes soient déplacés par les autres nouveaux arrivants.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary

96 Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non

fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting: *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.). As the Campbell River Band acknowledged in its factum, "[t]he Crown's position as fiduciary is necessarily unique" (para. 96). In resolving the dispute between Campbell River Band members and the non-Indian settlers named Nunns, for example, the Crown was not solely concerned with the band interest, nor should it have been. The Indians were "vulnerable" to the adverse exercise of the government's discretion, but so too were the settlers, and each looked to the Crown for a fair resolution of their dispute. At that stage, prior to reserve creation, the Court cannot ignore the reality of the conflicting demands confronting the government, asserted both by the competing bands themselves and by non-Indians. As Dickson J. said in *Guerin*, *supra*, at p. 385:

> It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. [Emphasis added.]

97 Here, as in *Ross River*, the nature and importance of the appellant bands' interest in these lands prior to 1938, and the Crown's intervention as the exclusive intermediary to deal with others (including the province) on their behalf, imposed on the Crown a fiduciary duty to act with respect to the interest of the aboriginal peoples with loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter and with "ordinary" diligence in what it reasonably regarded as the best interest of the beneficiaries. As the dispute evolved into conflicting demands between the appellant bands themselves, the Crown continued to exercise public law duties in its attempt to ascertain "the places they wish to have" (as stated at para. 24), and, as a fiduciary, it was the Crown's duty to be

pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés : *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.). Comme l'a reconnu la bande de Campbell River au par. 96 de son mémoire, [TRADUCTION] « [l]a situation de la Couronne en tant que fiduciaire est nécessairement unique ». Par exemple, lorsque la Couronne a résolu le différend entre les membres de la Bande de Campbell River et des colons non-indiens du nom de Nunns, elle n'a pas tenu compte seulement des intérêts de la bande, et il ne fallait pas qu'elle le fasse. Si les Indiens étaient « vulnérables » à la prise par le gouvernement de mesures défavorables à leur endroit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les colons l'étaient eux aussi, et les deux parties attendaient du gouvernement qu'il règle leur différend de façon juste. À cette étape, avant la création des réserves, la Cour ne peut faire abstraction du fait que le gouvernement était aux prises avec des demandes conflictuelles, émanant et des bandes rivales elles-mêmes et de non-Indiens. Comme a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 385 :

> Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. [Je souligne.]

En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Ross River*, la nature et l'importance du droit des bandes appelantes sur ces terres avant 1938, ainsi que l'intervention de la Couronne pour leur compte, en tant qu'intermédiaire exclusif auprès de tiers (y compris la province), ont imposé à la Couronne l'obligation de fiduciaire de faire montre de loyauté et de bonne foi, de communiquer l'information de façon complète, eu égard aux circonstances, et d'agir avec la diligence « ordinaire » requise dans ce qu'elle considérait raisonnablement être l'intérêt des bénéficiaires de cette obligation. À mesure que le différend a évolué et en est venu à porter sur les revendications opposées des bandes elles-mêmes, la Couronne a continué de s'acquitter d'obligations de droit public

even-handed towards and among the various beneficiaries. An assessment of the Crown's discharge of its fiduciary obligations at the reserve-creation stage must have regard to the context of the times. The trial judge concluded that each of these obligations was fulfilled, and we have been given no persuasive reason to hold otherwise.

en s'efforçant de déterminer [TRADUCTION] « les endroits qu'[elles] souhait[ai]ent obtenir » (tel qu'il a été indiqué plus tôt, au par. 24), et il incombait à la Couronne, en tant que fiduciaire, d'agir avec équité envers les divers bénéficiaires de l'obligation. Pour apprécier la façon dont la Couronne s'est acquittée de ses obligations de fiduciaire à l'étape de la création des réserves, il faut tenir compte de la situation qui existait à l'époque. Le juge de première instance a conclu que la Couronne avait respecté chacune de ces obligations et on ne nous a présenté aucune raison justifiant de conclure différemment.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétal de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

98 The content of the fiduciary duty changes somewhat after reserve creation, at which the time the band has acquired a "legal interest" in its reserve, even if the reserve is created on non-s. 35(1) lands. In *Guerin*, Dickson J. said the fiduciary "interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown" (p. 382). These dicta should not be read too narrowly. Dickson J. spoke of surrender because those were the facts of the *Guerin* case. As this Court recently held, expropriation of an existing reserve equally gives rise to a fiduciary duty: *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85. See also *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.).

98 Le contenu de l'obligation fiduciaire change quelque peu après la création de la réserve, moment où la bande acquiert un « intérêt en common law » dans la réserve, même si celle-ci est créée sur des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1). Dans l'arrêt *Guerin*, p. 382, le juge Dickson a affirmé que cet intérêt, « lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté [une] obligation de fiduciaire particulière ». Il ne faut pas interpréter trop strictement ces affirmations. Le juge Dickson parlait de cession parce qu'il s'agissait de la situation en cause dans *Guerin*. Comme notre Cour a jugé récemment, l'expropriation d'une réserve existante donne également naissance à une obligation de fiduciaire (*Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; voir également *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.)).

99 At the time of reserve *disposition* the content of the fiduciary duty may change (e.g. to include the implementation of the wishes of the band members). In *Blueberry River*, McLachlin J. observed at para. 35:

99 Lors de l'*aliénation* de la réserve, l'étendue de l'obligation fiduciaire peut changer (et, par exemple, inclure la mise à exécution des souhaits exprimés par les membres de la bande). Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, madame le juge McLachlin a fait l'observation suivante, au par. 35 :

It follows that under the *Indian Act*, the Band had the right to decide whether to surrender the reserve, and its decision was to be respected. At the same time, if the

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par

Band's decision was foolish or improvident — a decision that constituted exploitation — the Crown could refuse to consent. In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

To the same effect see *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, *per* Iacobucci J., at para. 52, and, in another context, *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, *per* La Forest J., at pp. 129-30.

100 It is in the sense of "exploitative bargain", I think, that the approach of Wilson J. in *Guerin* should be understood. Speaking for herself, Ritchie and McIntyre JJ., Wilson J. stated that prior to any disposition the Crown has "a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction" (p. 350). The "interests" to be protected from invasion or destruction, it should be emphasized, are legal interests, and the threat to their existence, as in *Guerin* itself, is the exploitative bargain (e.g. the lease with the Shaughnessy Heights Golf Club that in *Guerin* was found to be "unconscionable"). This is consistent with *Blueberry River* and *Lewis*. Wilson J.'s comments should be taken to mean that ordinary diligence must be used by the Crown to avoid invasion or destruction of the band's quasi-property interest by an exploitative bargain with third parties or, indeed, exploitation by the Crown itself. (Of course, there will also be cases dealing with the ordinary accountability by the Crown, as fiduciary, for its administrative control over the reserve and band assets.)

101 The Cape Mudge appellants contend that the Crown breached its fiduciary duty with respect to its two reserves (while attacking the trial judge's rejection of this factual premise) by permitting (or even encouraging) the *1907 Resolution*. They have been deprived of their legal interest in Reserve No.

ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée — et équivalait à de l'exploitation — la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

Des opinions au même effet ont été exprimées dans *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, le juge Iacobucci, par. 52, et, dans un autre contexte, dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, p. 129-130.

C'est dans le contexte des « marchés abusifs » qu'il faut, je crois, comprendre l'approche du juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*. S'exprimant en son nom et au nom des juges Ritchie et McIntyre, madame le juge Wilson a déclaré que, avant toute aliénation, la Couronne a « l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiétement » (p. 350). Les « droits » à protéger de l'extinction ou de l'empiétement sont, il faut le souligner, des intérêts en common law, et ce qui les menace doit être, comme dans l'arrêt *Guerin* lui-même, un marché abusif (par exemple dans cette dernière affaire, le bail consenti au club de golf Shaughnessy Heights, qui a été jugé « déraisonnable »). Cette interprétation est compatible avec les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Lewis*. Les propos du juge Wilson doivent être considérés comme indiquant que la Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour éviter l'empiétement ou la destruction de l'intérêt quasi propriétal de la bande en raison d'un marché abusif avec des tiers, voire de mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation. (Il va de soi qu'il surviendra également des affaires où il sera question de la responsabilité ordinaire de la Couronne, en tant que fiduciaire, relativement aux pouvoirs administratifs qu'elle exerce à l'égard de la réserve et des biens de la bande.)

La bande de Cape Mudge appelante prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire à l'égard des deux réserves de la bande (tout en contestant le rejet de cette prémisse factuelle par le juge de première instance) en permettant (voire en encourageant) l'adoption de la *Résolution de 1907*.

11, they say, by an "exploitative bargain". They gave away 350 acres for nothing.

Elle soutient que ses membres ont été privés de leur intérêt en common law dans la réserve n° 11 par suite d'un [TRADUCTION] « marché abusif ». Ils ont cédé 350 acres sans recevoir de contrepartie.

While the reserves were not constituted, as a matter of law, until 1938, I would be prepared to assume that, for purposes of this argument, the fiduciary duty was in effect in 1907. The Cape Mudge Band argument is nevertheless unconvincing. I do not accept what, with respect, is its shaky factual premise, i.e., that the band "gave away" Reserve No. 11 as opposed to entering a quit claim in favour of a sister band with a superior interest. More importantly, this argument rests on a misconception of the Crown's fiduciary duty. The Cape Mudge forbears, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a "difference of opinion" with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties (*Guerin*, at p. 382). It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome. Taken in context, and looking at the substance rather than the form of what was intended, the *1907 Resolution* was not in the least exploitative. 102

Bien que, juridiquement, les réserves n'aient pas été constituées avant 1938, je suis disposé à supposer, pour l'examen du présent argument, que l'obligation de fiduciaire existait en 1907. L'argument de la bande de Cape Mudge n'est malgré tout pas convaincant. En toute déférence, je n'accepte pas sa prémisse factuelle contestable, à savoir que la bande « a cédé [la réserve n° 11] sans recevoir de contrepartie » au lieu de signer une cession par renonciation en faveur d'une bande sœur possédant un droit supérieur. Facteur plus important encore, cet argument procède d'une mauvaise compréhension de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Les ancêtres des membres de la bande de Cape Mudge, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une [TRADUCTION] « divergence d'opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens (*Guerin*, p. 382). Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, que ces prédécesseurs ne savaient pas ce qu'ils faisaient, ou encore de rejeter ce que ces personnes ont considéré être un résultat juste. Lorsqu'on la replace dans son contexte et qu'on s'attache à la substance du but poursuivi plutôt qu'à la forme choisie pour le réaliser, la *Résolution de 1907* n'avait absolument rien d'abusif.

While courts applying principles of equity rightly insist on flexibility to deal with the unforeseeable and infinite variety of circumstances and interests that may arise, and which will fall to be decided under equitable rules, it must be said that the bold attempt of the appellant bands to extend their claim to fiduciary relief on the present facts is overly ambitious. 103

Bien que les tribunaux appliquant des principes d'equity insistent à raison sur la nécessité de faire preuve de souplesse devant l'imprévisibilité et l'infinie diversité des situations et des droits sur lesquels ils peuvent avoir à se prononcer en faisant appel aux règles de l'equity, il importe de souligner que la tentative énergique des bandes appelantes d'élargir la portée de leur demande pour disposer des recours ouverts en matière fiduciaire à partir des faits de la présente affaire est trop ambitieuse.

On the other hand, the trial judge and the Federal Court of Appeal adopted, with respect, too restricted a view of the content of the fiduciary duty owed by 104

Par ailleurs, en toute déférence, j'estime que le juge de première instance et la Cour d'appel ont défini trop restrictivement la portée de l'obligation

the Crown to the Indian bands with respect to their existing quasi-proprietary interest in their respective reserves. In their view, the Crown discharged its fiduciary duty with respect to existing reserves by balancing "the interests of both the Cape Mudge Indians and the Campbell River Indians and to resolve their conflict regarding the use and occupation of the [Laich-kwil-tach] reserves . . . [without favouring] the interests of one band over the interest of the other" (para. 493 F.T.R. and para. 121 N.R.). With respect, the role of honest referee does not exhaust the Crown's fiduciary obligation here. The Crown could not, merely by invoking competing interests, shirk its fiduciary duty. The Crown was obliged to preserve and protect each band's legal interest in the reserve which, on a true interpretation of events, had been allocated to it. In my view it did so.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band's reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

105 The various technical arguments arrayed by the bands are, in any event, singularly inappropriate in a case where they seek equitable remedies. As noted, each band has, over the past 65 or more years, reasonably relied on the repeated declarations and disclaimers of its sister band, and on the continuance of the *status quo*, to reside on and improve its reserve.

106 Reserves Nos. 11 and 12 were formally created when the federal Crown obtained administration and control of the subject lands in 1938. At that time, as outlined above, the appellant bands had manifested on several occasions their acknowledgement that the

de fiduciaire qui incombe à la Couronne envers les bandes indiennes à l'égard de leur intérêt quasi propriétal dans leur réserve respective. À leur avis, la Couronne s'est acquittée de son obligation de fiduciaire relativement aux réserves existantes en conciliant « les intérêts des Indiens tant de Cape Mudge que de Campbell River et [en résolvant] le conflit sur l'utilisation et l'occupation des réserves des [Laich-kwil-tach] [. . .] [sans] favoriser les intérêts d'une bande au dépens de ceux de l'autre » (par. 495 (1re inst.) et par. 67 (C.A.)). Avec égards pour l'opinion contraire, l'obligation de fiduciaire ne se limite pas en l'espèce au rôle d'arbitre désintéressé. La Couronne ne pouvait pas se dérober à son obligation de fiduciaire simplement en invoquant l'existence d'intérêts opposés. La Couronne avait l'obligation de préserver et protéger l'intérêt en common law dans la réserve qui, suivant l'interprétation qu'il convient de donner des événements, avait été attribué à chaque bande. À mon avis, c'est ce qu'elle a fait.

4. En l'espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu'aucune des deux bandes appelantes ne possède d'intérêt bénéficiaire dans la réserve de l'autre, aucun recours en equity n'est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

Quoi qu'il en soit, j'estime que les divers arguments de forme invoqués par les bandes sont singulièrement inappropriés dans une affaire où elles sollicitent des réparations en equity. Comme je l'ai signalé plus tôt, depuis au moins 65 ans, s'appuyant de façon raisonnable sur les déclarations et renonciations successives de sa bande sœur, ainsi que sur la persistance du statu quo, chacune des bandes a vécu dans sa propre réserve et y a apporté des améliorations.

Les réserves nos 11 et 12 ont été officiellement créées lorsque la Couronne fédérale a obtenu, en 1938, la maîtrise et l'administration des terres qui les constituaient. À cette date, comme je l'ai indiqué précédemment, les bandes appelantes avaient reconnu à

beneficial interest in Reserve No. 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve No. 12 resided in the Cape Mudge Band. The equitable remedies sought by the appellant bands necessarily address the disposition of the *beneficial* or equitable interest. The trial judge found as a fact (although not using these precise terms) that the equitable interests are reflected in the *status quo*. A mandatory injunction is not available to dispossess the rightful incumbent. Nor is there any requirement on the Crown to pay *equitable* compensation to a claimant band to substitute for an equitable or beneficial interest that does not belong to it.

plusieurs reprises que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve nº 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve nº 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. Les recours en equity intentés par les bandes appelantes sont nécessairement fondés sur l'aliénation d'un intérêt *bénéficiaire* ou en equity. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle le statu quo reflétait la situation des intérêts en equity (quoiqu'il ne se soit pas exprimé exactement en ces termes). On ne saurait déposséder un occupant légitime par voie d'injonction. La Couronne ne saurait non plus être obligée de verser une indemnité en equity à une bande pour remplacer un intérêt en equity ou bénéficiaire qui n'appartient pas à cette dernière.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence.

One of the features of equitable remedies is that they not only operate "on the conscience" of the wrongdoer, but require equitable conduct on the part of the claimant. They are not available as of right. Equitable remedies are always subject to the discretion of the court: *Frame v. Smith*, *supra*, at p. 144; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 589; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, at para. 66.

107 L'une des caractéristiques des recours en equity est qu'ils ne font pas seulement appel « à la conscience » de l'auteur de la faute, mais qu'ils exigent en outre une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation. Il n'y a pas ouverture de plein droit à ces recours, ceux-ci dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal : *Frame c. Smith*, précité, p. 144; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 589; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, par. 66.

Equity has developed a number of defences that are available to a defendant facing an equitable claim such as a claim for breach of fiduciary duty. One of them, the doctrine of laches and acquiescence, is particularly applicable here. This equitable doctrine applies even if a claim is not barred by statute. The British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236 (previously the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37), which is incorporated into federal law by s. 39(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, explicitly so acknowledged in s. 2:

108 Il s'est développé, en equity, certains moyens de défense opposables aux recours en equity, par exemple les recours fondés sur un manquement à une obligation de fiduciaire. L'un d'eux, la règle de l'acquiescement et du manque de diligence, est particulièrement pertinent ici. Cette règle d'equity s'applique même dans les cas où la demande n'est pas prescrite par la loi. La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 (auparavant la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, ch. 37), qui est incorporée au droit fédéral par le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, l'indique expressément à l'art. 2 :

2. Nothing in this Act interferes with

(a) a rule of equity that refuses relief, on the grounds of acquiescence, to a person whose right to bring an action is not barred by this Act;

(b) a rule of equity that refuses relief, on the ground of laches, to a person claiming equitable relief in aid of a legal right, whose right to bring the action is not barred by this Act; or

. . .

A similar provision is found in the earlier British Columbia *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123 (in force in B.C. between 1897 and 1975):

39. Nothing in this Act contained shall be deemed to interfere with any rule or jurisdiction of Courts of Equity in refusing relief, on the ground of acquiescence or otherwise, to any person whose right to bring a suit may not be barred by virtue of this Act.

109 The doctrine of laches and acquiescence was considered by this Court in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. In that case, the appellant sued her father for damages arising from episodes of incest that occurred a number of years before, in her youth. She alleged breach of fiduciary duty. After rejecting the respondent's argument that the action was statute barred, La Forest J. discussed the legal principles applicable to the doctrine of laches and acquiescence. He referred (at pp. 76-77) to a leading English authority as follows:

. . . the doctrine of laches in Courts of Equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. But in every case, if an argument against relief, which otherwise

[TRADUCTION] **2.** La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher l'application :

a) d'une règle d'equity refusant réparation, pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi;

b) d'une règle d'equity refusant réparation, pour cause de manque de diligence, à la personne qui demande une réparation en equity à l'égard d'un droit en common law et dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi.

. . .

La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, ch. 123 (qui a été en vigueur dans cette province de 1897 à 1975) comportait une disposition analogue :

[TRADUCTION] **39.** La présente loi n'a pas pour effet de faire obstacle à l'application de toute règle ou à l'exercice par tout tribunal d'equity de sa compétence pour refuser réparation, notamment pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action peut ne pas être prescrit par la présente loi.

Notre Cour a examiné la règle de l'acquiescement et du manque de diligence dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Dans cette affaire, l'appelante poursuivait son père en dommages-intérêts pour des actes incestueux commis par celui-ci à son endroit de nombreuses années auparavant, quand elle était jeune. Elle invoquait le manquement à une obligation de fiduciaire. Après avoir rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'action était prescrite, le juge La Forest a examiné les principes juridiques applicables en matière d'acquiescement et de manque de diligence, citant, aux p. 76-77, le passage suivant de l'arrêt de principe anglais à ce sujet :

[TRADUCTION] . . . dans les cours d'*equity*, la règle du manque de diligence n'est ni arbitraire, ni technique. Lorsqu'il serait pratiquement injuste d'accorder un redressement, soit parce que, par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation audit redressement, ou lorsque, n'ayant peut-être pas renoncé à ce redressement, il a par sa conduite et sa négligence mis la partie adverse dans une situation dans laquelle il ne serait pas raisonnable de la placer si le redressement devait par la suite être revendiqué, le laps de temps et le retard sont

would be just, is founded upon mere delay, that delay of course not amounting to a bar by any statute of limitations, the validity of that defence must be tried upon principles substantially equitable. Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

(*Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, at pp. 239-40)

La Forest J. concluded, at pp. 77-78:

What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

See also *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; and *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135.

The doctrine of laches is applicable to bar the claims of an Indian band in appropriate circumstances: *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), at p. 447 (aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 570); *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). There are also dicta in two decisions of this Court considering, without rejecting, arguments that laches may bar claims to aboriginal title: *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 570; *Guerin*, *supra*, at p. 390.

très importants dans chacun de ces deux cas. Mais, dans tous les cas, si une opposition au redressement, juste par ailleurs, se fonde simplement sur le retard, pourvu, bien entendu, que ce retard n'entraîne pas la prescription en vertu d'une loi quelconque, la validité de ce moyen de défense doit être décidée surtout selon des principes d'*equity*. Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle, éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

(*Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, p. 239-240)

Le juge La Forest a tiré la conclusion suivante aux p. 77-78 :

Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'*equity*.

Voir également *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135.

110 Dans des circonstances appropriées, la règle du manque de diligence peut être invoquée à l'encontre de réclamations présentées par des bandes indiennes : *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), p. 447 (conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 570); *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). On trouve également des affirmations à ce sujet dans deux arrêts de notre Cour, où celle-ci a examiné, sans les rejeter, des arguments portant que la règle du manque de diligence peut faire obstacle à la revendication du titre aborigène : *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 570; *Guerin*, précité, p. 390.

111 It seems to me both branches of the doctrine of laches and acquiescence apply here, namely: (i) where "the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver", and (ii) such conduct "results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable" (*M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at pp. 76 and 78). Conduct equivalent to a waiver is found in the declaration, representations and failure to assert "rights" in circumstances that required assertion, as previously set out. Unreasonable prosecution arises because, relying on the *status quo*, each band improved the reserve to which it understood its sister band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge "of the underlying facts relevant to a possible legal claim" (*M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 79).

Il me semble que les deux éléments de la règle de l'acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l'espèce, à savoir : (i) « par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation »; (ii) cette conduite « crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites » (*M. (K) c. M. (H.)*, précité, p. 76 et 78). La déclaration, les observations qui ont été formulées et le défaut de faire valoir des « droits » dans des circonstances qui commandaient qu'on le fasse, comme il a été précisé plus tôt, ont constitué une conduite assimilable à une renonciation. Il y a, en l'espèce, poursuites déraisonnables du fait que chaque bande s'est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s'est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment « les faits sous-jacents qui p[ouvaient] donner lieu à un recours en justice » (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 79).

112 I conclude therefore that the claims of the appellant bands were rightly rejected on their merits by the trial judge.

En conséquence, je conclus que le juge de première instance a eu raison de déclarer non fondées les actions des bandes appelantes.

O. *In Any Event, the Claims of the Appellant Bands are Statute Barred*

O. *En tout état de cause, les actions des bandes appelantes sont prescrites*

113 Having rejected the appellants' claims to each other's lands on their merits, I need not, strictly speaking, address the limitations issue. However, as this ground was extensively canvassed in the courts below and in argument before this Court, it should be dealt with.

Puisque j'ai jugé non fondée l'action présentée par chaque bande à l'égard de la réserve de l'autre, il n'est pas vraiment nécessaire que je me penche sur la question de la prescription, mais comme cette question a été examinée en profondeur par les juridictions inférieures et par les parties au cours des plaidoiries devant notre Cour, il convient d'en traiter.

114 This case originated in the Federal Court. It is therefore subject to the limitation provisions contained in the *Federal Court Act* and, in particular, s. 39(1):

Comme les actions ont été intentées devant la Cour fédérale, elles sont donc régies par les règles de prescription prévues par la *Loi sur la Cour fédérale*, en particulier le par. 39(1) de cette Loi, qui est rédigé ainsi :

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

39. (1) Sauf disposition contraire d'une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

Section 39(1) effectively incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation, but the relevant provisions apply as federal law not as provincial law: *Blueberry River*, *supra*, at para. 107. I will deal first with some preliminary objections.

1. Constitutionality of the Prescription Period

The appellant bands raise the threshold objection that provincial law cannot "extinguish" the Indian interest, which is a matter of exclusive federal legislative competence: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 673. Section 9 of the B.C. *Limitations Act* provides for extinguishment of the cause of action, but, as stated, it applies as federal law.

Parliament is entitled to adopt, in the exercise of its exclusive legislative power, the legislation of another jurisdictional body, as it may from time to time exist: *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137. This is precisely what Parliament did when it enacted what is now s. 39(1) of the *Federal Court Act*.

2. Conflict With *Federal Real Property Act*

The appellant Campbell River Band contends that ss. 13 and 14 of the *Federal Real Property Act*, S.C. 1991, c. 50, prohibit the transfer of reserve land by prescription or by virtue of provincial legislation. They provide:

13. Except as expressly authorized by or under an Act of Parliament, no person acquires any federal real property by virtue of a provincial Act.

14. No person acquires any federal real property by prescription.

Here, however, the prescription resides in s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is not provincial

Cette disposition a pour effet d'incorporer par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique relatives à la prescription. Toutefois, les dispositions pertinentes s'appliquent en tant que règles de droit fédérales et non provinciales : *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 107. Je vais d'abord examiner quelques objections préliminaires.

1. La constitutionnalité du délai de prescription

Les bandes appelantes objectent d'abord qu'une règle de droit provinciale ne saurait « éteindre » un droit appartenant à des Indiens, étant donné que de tels droits relèvent de la compétence législative exclusive du fédéral : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 673. L'article 9 de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique pourvoit à l'extinction des causes d'action, mais, comme il a été dit plus tôt, cette loi s'applique en tant que règle de droit fédérale. 115

Le Parlement peut, dans l'exercice de sa compétence législative exclusive, faire sienne la loi d'un autre législateur : *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137. C'est précisément ce qu'il a fait en édictant la disposition qui est maintenant le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. 116

2. Le conflit avec la *Loi sur les immeubles fédéraux*

La bande de Campbell River soutient que les art. 13 et 14 de la *Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, interdisent que soit transférée, par prescription ou sous le régime d'une loi provinciale, des terres constituant une réserve. Voici le texte de ces dispositions : 117

13. Nul ne peut acquérir un immeuble fédéral, sous le régime d'une loi provinciale, sauf si une loi fédérale l'y autorise expressément.

14. Nul n'acquiert par prescription un immeuble fédéral.

En l'espèce, toutefois, la prescription est prévue au par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et non 118

legislation. Moreover, s. 2 defines "federal real property" as "real property belonging to Her Majesty". The reserve land was and remains vested in the Crown. The underlying title is not in dispute.

3. Conflict with the Scheme of the *Indian Act*

119 In its factum, the appellant Campbell River Band further argues that application of the prescription period would be contrary to the scheme of the *Indian Act*. It contends that the *Indian Act* stipulates a valid surrender process as the *exclusive* method of divesting an Indian band of its reserve. Therefore, s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is introduced by the words "Except as expressly provided by any other Act", cannot apply so as to divest an Indian band of its right to possession of its reserve by the passage of time.

120 This argument misconstrues s. 39(1). The words "Except as expressly provided by any other Act" refer, *in pari materia*, to another limitation or prescription period. The *Indian Act* does not establish any comprehensive scheme for the litigation and adjudication of disputes regarding reserves. The adjudication of such disputes is within the jurisdiction of the courts and in this case is governed by the Act constituting the Federal Court. There is thus no *relevant* statutory provision to the contrary.

4. Alleged Harshness of the Prescription Ban

121 The Cape Mudge Band argues that the limitation periods otherwise applicable in this case should not be allowed to operate as "instruments of injustice" (factum, at para. 104). However, the policies behind a statute of limitations (or "statute of repose") are well known: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 8 and 64; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 34. Witnesses are no longer available, historical documents are lost and difficult to contextualize, and expectations of fair practices change. Evolving standards of conduct and new standards of liability eventually make it

par une loi provinciale. En outre, l'expression « immeuble fédéral » est définie à l'art. 2 de la *Loi sur les immeubles fédéraux* comme étant un « [i]mmeuble qui appartient à Sa Majesté ». Or, les terres constituant les réserves en litige appartenaient à la Couronne et continuent de lui appartenir. Le titre de propriété fondamental n'est pas contesté.

3. Le conflit avec le régime prévu par la *Loi sur les Indiens*

Dans son mémoire, la bande indienne de Campbell River prétend en outre que l'application du délai de prescription irait à l'encontre du régime établi par la *Loi sur les Indiens*. Selon elle, le processus de cession prévu par cette loi est le *seul* mode d'aliénation d'une réserve et, par conséquent, le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui commence par les mots « Sauf disposition contraire d'une autre loi », ne saurait s'appliquer et avoir pour effet de retirer à une bande indienne son droit à la possession de sa réserve par l'écoulement du temps.

Cet argument procède d'une mauvaise interprétation du par. 39(1). Les mots « Sauf disposition contraire d'une autre loi » renvoient, *in pari materia*, à un autre délai de prescription. La *Loi sur les Indiens* n'établit pas de régime général applicable à l'audition et à la décision des différends relatifs aux réserves. Ce sont les tribunaux judiciaires qui ont compétence pour trancher ces différends, et la présente espèce est régie par la loi constituant la Cour fédérale. Par conséquent, il n'existe pas de disposition contraire *pertinente*.

4. La prétendue sévérité de la prescription

La bande de Cape Mudge plaide qu'il ne faut pas laisser les délais de prescription applicables en l'espèce devenir un [TRADUCTION] « instrument d'injustice » (mémoire, par. 104). Toutefois, les principes à la base des lois sur la prescription (dites aussi lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit (« *statutes of repose* »)) sont bien connus : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 8 et 64; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 34. Des témoins ne sont plus disponibles, des documents historiques ont disparu ou sont difficiles à mettre en contexte et l'idée de ce que constituent des

unfair to judge actions of the past by the standards of today. As the Law Reform Commission of British Columbia wrote in support of an "ultimate" 30-year limitation period in 1990:

> If there are limitation periods, conduct which attracts legal consequences is more likely to be judged in light of the standards existing at the time of the conduct than if there are no restrictions on the plaintiff's ability to litigate. This rationale for the limitation of actions is of increasing importance, given the rate at which attitudes and norms currently change. New areas of liability arise continually in response to evolving sensitivities.
>
> (*Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8* (1990), at pp. 17-18)

The need for repose is evident in this case. Each band had settled and legitimate expectations with respect to the reserve it now inhabits. Each band still recognizes the need for repose of its sister band (thus seeking compensation from the Crown rather than dispossession of its sister band). Each band claims repose for itself, thus pleading the limitation period in its own defence against the other band.

This is not to say that historical grievances should be ignored, or that injustice necessarily loses its sting with the passage of the years. Here, however, the bands had independent legal advice at least by the 1930s, and were aware at that time of the material facts, if not all the details, on which the present claims are based. While the feeling may not have been unanimous, each band membership elected not to disturb its neighbours. The conduct of each band between 1907 and 1936 suggests that not only was the other band's open and notorious occupation of its reserve acknowledged, but such occupation was

pratiques loyales évolue. En raison de l'évolution des normes de conduite et de l'application de nouvelles normes en matière de responsabilité, il devient inéquitable de juger des actions passées au regard de normes contemporaines. Comme a écrit, en 1990, la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique au soutien de l'adoption d'un délai « ultime » de prescription trentenaire :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il existe des délais de prescription, il y a davantage de chances qu'une conduite entraînant des conséquences juridiques soit jugée au regard des normes contemporaines de cette conduite que si le droit du demandeur d'ester en justice n'est assujetti à aucune restriction. Cette justification des restrictions assortissant les délais impartis pour prendre action revêt de plus en plus d'importance en raison de la vitesse avec laquelle les attitudes et les normes changent de nos jours. De nouvelles situations susceptibles d'être sources de responsabilité apparaissent sans cesse, en réponse à l'évolution des sensibilités.
>
> (*Report on the Ultimate Limitations Period : Limitation Act, Section* 8 (1990), p. 17-18)

122 La nécessité d'assurer la tranquillité d'esprit est évidente en l'espèce. Chaque bande avait des attentes légitimes et bien arrêtées relativement à la réserve qu'elle habite aujourd'hui. Chacune reconnaît toujours le besoin de sa bande sœur d'assurer sa tranquillité d'esprit (raison pour laquelle elle réclame une indemnité de la Couronne plutôt que la dépossession de sa bande sœur), et recherche la tranquillité d'esprit pour elle-même en opposant à l'autre bande le moyen de défense fondé sur la prescription.

123 Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut fermer les yeux sur les griefs historiques ou que les rigueurs d'une injustice s'atténuent nécessairement avec le temps. En l'espèce, toutefois, les bandes ont été conseillées par des avocats indépendants depuis les années 1930 au moins, et elles connaissaient alors les faits substantiels — sinon tous les faits — sur lesquels sont fondées leurs revendications actuelles. Bien que ce sentiment puisse ne pas avoir été unanime, les membres de chaque bande ont choisi de ne pas déranger ceux de la bande voisine. La conduite des bandes de 1907 à 1936 tend à indiquer que l'occupation ouverte et notoire par chaque bande de sa

considered, as between the bands, to be fair and equitable.

124 The Campbell River Band at para. 30 and again at para. 133 of its factum links initiation of these proceedings to a new awareness precipitated by the release of the *Guerin* decision in 1984 of the possibility of financial compensation against the Crown. Awareness of the availability of a claim in equity for financial compensation against the Crown does not, however, turn what the band regarded as an equitable situation into an inequitable situation.

5. Applicable Limitation Period

125 The causes of action at issue in the present appeal arose prior to July 1, 1975, the date on which the new B.C. *Limitations Act* came into force. If the appellants' causes of action were already extinguished by July 1, 1975 (*Limitation Act* (1979), s. 14(1)), it is *prima facie* the 1897 version of the B.C. *Statute of Limitations* which was in force in British Columbia between 1897 and 1975, that applies. If not so extinguished, the provisions of the new version of this *Limitations Act* apply.

126 The B.C. *Statute of Limitations* prior to the 1975 amendments applied to bar actions in the Federal Court by virtue of s. 38(1) of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 (reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10), which took effect on June 1, 1971, and prior to that s. 31 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98. See *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (Ex. Ct.), and *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66.

127 The Campbell River Band's claim to possession of Reserve No. 12 is based on what it conceives to be its "legislated entitlement" under Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938. Its cause of action was complete no later than that date. Under s. 16 of the then applicable *Statute of Limitations*, the claim to possession was extinguished unless commenced within 20 years. In fact, the Campbell

réserve était non seulement reconnue, mais également considérée comme une situation juste et équitable.

D'abord au par. 30, puis au par. 133 de son mémoire, la bande de Campbell River explique qu'elle a décidé d'intenter des poursuites parce que, par suite de l'arrêt *Guerin*, rendu en 1984, elle a pris conscience de la possibilité d'obtenir une indemnité de la Couronne. Toutefois, le fait d'apprendre qu'il existe un recours en equity permettant de solliciter une indemnité de la Couronne n'a pas forcément pour effet de rendre inéquitable une situation que la bande considérait équitable.

5. Le délai de prescription applicable

En l'espèce, les causes d'action ont pris naissance avant le 1er juillet 1975, date d'entrée en vigueur de la nouvelle version de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique. Si les causes d'action étaient déjà éteintes à cette date (*Limitation Act* (1979), par. 14(1)), c'est alors à première vue la version de 1897 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur dans la province de 1897 à 1975, qui s'applique. Si, par contre, les causes d'action n'étaient pas éteintes, ce sont alors les dispositions de la nouvelle version de la *Limitations Act* qui sont applicables.

Avant les modifications apportées en 1975, c'était la loi intitulée *Statute of Limitations* qui s'appliquait en matière de prescription devant la Cour fédérale par l'effet du par. 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1 (reproduite dans S.R.C. 1970 (2e suppl.), ch. 10), qui est entrée en vigueur le 1er juin 1971, et, avant cela, de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98. Voir *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (C. de l'É.), et *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66.

La prétention de la bande de Campbell River à la possession de la réserve nº 12 repose sur ce que la bande considère comme son « droit d'origine législative » découlant du décret 1036 du 29 juillet 1938. Sa cause d'action a pris naissance au plus tard à cette date. En effet, en vertu de l'art. 16 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, qui était alors applicable, l'action était prescrite si elle n'était pas

River's action for possession was not commenced until 1985, almost 27 years after its cause of action for possession was extinguished.

Cape Mudge's claim for possession arose when members of the Campbell River Band went into possession of Reserve No. 11 even prior to Ashdown Green's 1888 survey. The possession claim was thus extinguished around the time the band signed its *1907 Resolution* 20 or so years later.

Even if the running of the limitation period with respect to possession was initially postponed because of the lack of pertinent information, the trial judge found the relevant facts to have been disclosed by the Crown to both bands in the discussions that led to the making of the 1936 and 1937 declarations. The limitation period for possession thus expired no later than the end of 1957.

I note parenthetically that if this case was truly about possession and "trespass", the dispute would be an inter-band dispute and the equitable compensation in lieu of possession should be sought from the other band, not the Crown. That, however, is not the position taken by either band.

With respect to the claims against the Crown based on breach of fiduciary duty, the 1897 Act imposed no limitation, and the case therefore falls to be decided under the transitional provisions of the 1975 Act. While the new Act is also silent with respect to an action for breach of fiduciary duty, or an action for declaration as to the title to property by a person that is not in possession of it, s. 3(4) of the B.C. *Limitations Act* provides a general six-year limitation period:

3. . . .

(4) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act shall not be brought after the

intentée dans un délai de 20 ans. En fait, la bande de Campbell River n'a intenté son action en revendication de la possession qu'en 1985, soit presque 27 ans après l'extinction de sa cause d'action.

128 Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve n^{o} 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve, avant même l'arpentage réalisé par Ashdown Green en 1888. Ce droit était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la *Résolution de 1907*, soit une vingtaine d'années plus tard.

129 Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription relatif à la possession, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait divulgué les faits pertinents aux deux bandes à l'occasion des discussions ayant abouti aux déclarations de 1936 et 1937. Le délai de prescription relatif à la possession a donc cessé de courir au plus tard à la fin de 1957.

130 Je signale, en passant, que si nous étions vraiment en présence d'une affaire de possession et d'« intrusion », le différend opposerait les deux bandes et l'indemnité tenant lieu de mise en possession devrait être demandée à l'autre bande, non à la Couronne. Cette thèse n'est toutefois avancée par aucune des deux bandes.

131 Quant aux conclusions formulées contre la Couronne et lui reprochant d'avoir manqué à une obligation de fiduciaire, étant donné que la Loi de 1897 ne fixait aucun délai de prescription, il faut décider l'affaire sur le fondement des dispositions transitoires de la Loi de 1975. Bien que la nouvelle Loi n'établisse pas non plus de délai de prescription applicable aux actions fondées sur un manquement à une obligation de fiduciaire ou aux actions en reconnaissance d'un titre de propriété intentées par des non-possesseurs, le par. 3(4) de la *Limitations Act* de la C.-B. fixe un délai de prescription général de six ans :

[TRADUCTION]

3. . . .

(4) Toute autre action non expressément régie par la présente loi ou une autre loi se prescrit par six ans à

expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

Section 14(3) of the 1975 *Limitations Act* therefore applied to bar actions for breach of fiduciary duty at the expiry of the grace period on July 1, 1977: *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480, at paras. 724-30; *Kruger*, *supra*. The appellants' causes of action in these respects were therefore statute barred when they filed their respective statements of claim.

132 In any event, the claims asserted in these proceedings are all caught by the "ultimate limitation period" in s. 8 of the 1975 *Limitations Act* which says that "no action to which this Act applies shall be brought after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose". The applicability of this limitation was affirmed in *Blueberry River*, at para. 107. The 30-year "ultimate" limit is subject to very limited exceptions, none of which apply here.

133 Finally, it is appropriate to note in support of the limitations policy an observation made by the trial judge, at para. 520:

> . . . for much of the century, members of both bands had first hand knowledge of the important events which are the subject of these actions. Unfortunately, within the last 30 years, those band members as well as the Indian Agents, have died and many of their documents have been lost or destroyed.

6. The Assertion of Continuing Breach

134 The appellants contend that every day they are kept out of possession of the other band's reserve is a fresh breach, and a fresh cause of action. As a result, their respective claims are not yet statute barred (and could never be). For instance, the

compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter.

Le paragraphe 14(3) de la *Limitations Act* de 1975 avait donc pour effet de rendre irrecevables les actions pour manquement à une obligation de fiduciaire intentées après l'échéance de la période de grâce, le 1er juillet 1977 : *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. nº 1568 (QL), 2001 CFPI 480, par. 724-730; *Kruger*, précité. Les actions des bandes appelantes fondées sur ces causes d'action étaient donc prescrites lorsque ces dernières ont déposé leur déclaration respective.

Quoi qu'il en soit, les demandes présentées en l'espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » prévu à l'art. 8 de la *Limitations Act* de 1975, qui précise que [TRADUCTION] « toute action à laquelle s'applique la présente loi se prescrit par 30 ans à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». L'applicabilité de ce délai de prescription a été confirmée dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 107. Cette prescription trentenaire « ultime » est assortie de quelques exceptions très limitées, dont aucune ne s'applique à l'espèce.

Enfin, au soutien de l'application des règles de prescription, il convient de souligner l'observation suivante, formulée par le juge de première instance, au par. 522 de ses motifs :

> . . . pendant une grande partie du siècle, certains membres des deux bandes connaissaient personnellement les événements importants en cause dans les présentes actions. Malheureusement, au cours des 30 dernières années, ces membres, de même que les agents des Indiens, sont décédés et plusieurs de leurs documents ont été perdus ou détruits.

6. L'argument fondé sur le manquement continu

Les appelantes affirment que, chaque jour où une bande est privée de la possession de la réserve de l'autre, un nouveau manquement est commis, lequel fait naître une nouvelle cause d'action. Il s'ensuivrait que leur action respective n'est pas encore

Campbell River Band claims in its factum, at par. 111, that

> [t]he fact that Campbell River has been legally entitled to Quinsam since 1938, at the latest, gives it a presently enforceable right. Two additional consequences flow from this: (1) the Crown's fiduciary duty to safeguard Campbell River's right to its reserve against alienation has also subsisted since the legislation was passed; and (2) Cape Mudge has committed a continuous trespass since it first took possession of Quinsam. Both of these wrongs were committed anew each day and caused fresh damages each day.

The Cape Mudge Band's factum, at para. 98, makes analogous arguments.

Acceptance of such a position would, of course, defeat the legislative purpose of limitation periods. For a fiduciary, in particular, there would be no repose. In my view such a conclusion is not compatible with the intent of the legislation. Section 3(4), as stated, refers to "[a]ny other action not specifically provided for" and requires that the action be brought within six years "after the date on which the right to do so arose". It was open to both bands to commence action no later than 1943 when the Department of Indian Affairs finally amended the relevant Schedule of Reserves. There was no repetition of an allegedly injurious act after that date. The damage (if any) had been done. There is nothing in the circumstances of this case to relieve the appellants of the general obligation imposed on all litigants either to sue in a timely way or to forever hold their peace.

Similarly, the "ultimate limitation" in s. 8(1) runs "from the date on which the right to [initiate proceedings] arose". All of the necessary ingredients of the causes of action pleaded in these proceedings could have been asserted more than 30 years prior to the date on which the actions were eventually commenced. The trial judge found that no new or fresh cause of action had arisen at any time within the 30-year period. None of the legislated exceptions being

prescrite (et ne pourra jamais l'être). Par exemple, on peut lire ceci au par. 111 du mémoire de la bande de Campbell River :

> [TRADUCTION] Le fait que la bande de Campbell River a légalement droit à la réserve Quinsam depuis 1938, au plus tard, lui confère un droit qu'elle peut aujourd'hui demander aux tribunaux de faire respecter. Deux autres conséquences découlent de ce fait : (1) l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne de protéger contre l'aliénation le droit de la bande de Campbell River sur sa réserve a également subsisté depuis l'adoption des dispositions législatives; (2) la bande de Cape Mudge commet une intrusion permanente depuis qu'elle a pris possession de la réserve Quinsam. Les deux fautes se répètent chaque jour, causant chaque fois un nouveau préjudice.

La bande de Cape Mudge avance des arguments analogues au par. 98 de son mémoire.

135 Il va de soi que l'objet poursuivi par le législateur en fixant des délais de prescription serait forcément contrecarré si cette thèse était retenue. Les fiduciaires, en particulier, ne connaîtraient jamais la tranquillité d'esprit. À mon avis, un tel résultat n'est pas compatible avec l'intention du législateur. Le paragraphe 3(4) cité plus tôt vise [TRADUCTION] « [t]oute autre action non expressément régie » et précise qu'elle se prescrit par six ans « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». Les deux bandes devaient intenter leur action au plus tard en 1943, date à laquelle le ministère des Affaires indiennes a finalement modifié le répertoire des réserves pertinent. Après cette date, aucun acte prétendument préjudiciable ne s'est répété. Le dommage (si dommage il y a eu) était fait. Il n'y a, dans les circonstances de la présente affaire, rien qui ait pour effet de relever les appelantes de l'obligation générale qui incombe à tous les plaideurs d'ester en justice au moment pertinent ou de se taire à jamais.

136 De même, le « délai ultime de prescription » édicté au par. 8(1) court [TRADUCTION] « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit [d'intenter l'action] ». Tous les éléments nécessaires des causes d'action invoquées en l'espèce auraient pu être plaidés plus de 30 ans avant la date à laquelle les actions ont finalement été intentées. Le juge de première instance a conclu qu'aucune nouvelle cause d'action n'avait pris naissance au cours de la période

applicable, the 30-year "ultimate limit" applies by reason of its incorporation by reference into federal law.

137 This conclusion accords with the result on this point reached in *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), *per* Isaac C.J., at para. 63; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at pp. 373-74; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48 (T.D.), at paras. 295-99.

Disposition

138 I would therefore dismiss the appeals with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Roy Anthony Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants Ralph Dick et al.: McAlpine & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Richards Buell Sutton, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Office of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

de 30 ans. Comme aucune des exceptions prévues par la loi n'est applicable, c'est le « délai ultime de prescription » de 30 ans qui s'applique en raison de son incorporation au droit fédéral.

Cette conclusion concorde avec les décisions rendues sur ce point dans les affaires *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), le juge en chef Isaac, par. 63; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (C.A. Alb.), p. 373-374; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1re inst.), par. 295-299.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants Roy Anthony Roberts et autres : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés/appelants Ralph Dick et autres : McAlpine & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Richards Buell Sutton, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le Bureau du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell : Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alexander Wayne Harvey *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HARVEY

Neutral citation: 2002 SCC 80.

File No.: 29001.

2002: December 11.

Present: Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Similar fact evidence — Sexual assault — Trial judge not erring in excluding similar fact evidence.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 57 O.R. (3d) 296, 160 C.C.C. (3d) 52, 152 O.A.C. 162, 48 C.R. (5th) 247, [2001] O.J. No. 4749 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

Christopher Webb, for the appellant.

John Norris, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This is an appeal as of right. We are all of the view that, for substantially the reasons of Doherty J.A. in the Ontario Court of Appeal ((2001), 57 O.R. (3d) 296), the trial judge did not err in finding the similar fact evidence inadmissible. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alexander Wayne Harvey *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* HARVEY

Référence neutre : 2002 CSC 80.

N° du greffe : 29001.

2002 : 11 décembre.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Deschamps.

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

Droit criminel — Preuve de faits similaires — Agression sexuelle — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en excluant la preuve de faits similaires.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 57 O.R. (3d) 296, 160 C.C.C. (3d) 52, 152 O.A.C. 162, 48 C.R. (5th) 247, [2001] O.J. No. 4749 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Christopher Webb, pour l'appelante.

John Norris, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent appel est interjeté de plein droit. Essentiellement pour les mêmes raisons que le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario ((2001), 57 O.R. (3d) 296), nous sommes tous d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur en déclarant irrecevable la preuve de faits similaires. L'appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé : Ruby & Edwardh, Toronto.

Bank of Montreal *Appellant*

v.

Ernst & Young Inc., in its capacity as Receiver and Manager of 373409 Alberta Ltd. and Province of Alberta Treasury Branches *Respondents*

Banque de Montréal *Appelante*

c.

Ernst & Young Inc., en qualité de séquestre et d'administrateur de 373409 Alberta Ltd. et Province of Alberta Treasury Branches *Intimées*

INDEXED AS: 373409 ALBERTA LTD. (RECEIVER OF) *v.* BANK OF MONTREAL

Neutral citation: 2002 SCC 81.

File No.: 28607.

2002: October 1; 2002: December 12.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : 373409 ALBERTA LTD. (SÉQUESTRE DE) *c.* BANQUE DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2002 CSC 81.

N° du greffe : 28607.

2002 : 1er octobre; 2002 : 12 décembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Banks and banking operations — Bills of exchange — Conversion — Sole shareholder and directing mind of A and B corporations altering cheque payable to A by adding B as a payee — Bank accepting unendorsed cheque for deposit in B's account — Bank crediting B's account and shareholder later withdrawing funds — Whether Bank liable in conversion.

L was the sole shareholder, director and officer of two corporations, A and B. L received a cheque payable to A, but altered the cheque by adding B as a payee. L did not endorse the cheque and deposited the altered cheque into B's account at the appellant Bank. The Bank credited B's account with the proceeds of the cheque and the funds were later withdrawn by L. A subsequently went into liquidation, and its Receiver and Manager brought an action in conversion against the Bank for having accepted an unendorsed cheque for deposit into B's account. The trial judge held that the Bank was liable in conversion and could not avail itself of the defence provided by s. 165(3) of the *Bills of Exchange Act*. A majority of the Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

The issue in this case is not whether A transferred its title in the cheque to B, but rather whether the Bank dealt with the cheque on the authority of A. A lending

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

Banques et opérations bancaires — Lettres de change — Détournement — L'unique actionnaire et l'âme dirigeante des sociétés A et B a modifié le libellé du chèque payable à A en y ajoutant B en qualité de preneur — La banque a accepté le chèque non endossé pour le déposer au compte de B et l'actionnaire a par la suite retiré les fonds — La banque est-elle responsable de détournement?

L était l'unique actionnaire, l'administrateur et le directeur de deux sociétés, A et B. L a reçu un chèque payable à l'ordre de A, dont il a modifié le libellé en y ajoutant B en qualité de preneur. L n'a pas endossé le chèque et il a déposé le chèque modifié au compte de B à la banque appelante. La banque a crédité le compte de B du montant du chèque et L a ensuite retiré la somme. Subséquemment, A a fait l'objet d'une liquidation, et son séquestre et administrateur a intenté une action pour détournement contre la banque parce qu'elle avait accepté le dépôt au compte de B d'un chèque non endossé. Le juge de première instance a statué que la banque était responsable de détournement et qu'elle ne pouvait se prévaloir du moyen de défense prévu au par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La question en l'espèce n'est pas de savoir si A a cédé à B son droit sur le chèque, mais bien si la banque a payé le chèque avec l'autorisation de A. Il ne peut y

institution's liability in conversion is predicated upon finding both that payment upon the cheque was made to someone other than the rightful holder of the cheque, and that such payment was not authorized by the rightful holder. If either of these criteria is not satisfied, there is no tort. Here, A, through L, authorized the Bank, as it was entitled to do, to deposit the cheque's proceeds into B's account. As a result, the Bank did not wrongfully interfere with A's cheque, as it did not deal with that cheque in a manner inconsistent with A's instructions. Consequently, the Bank is not liable in conversion to A's Receiver and Manager for the proceeds of the cheque. The impropriety of A's diversion of funds from its creditors did not undermine L's authority to deal with those funds on behalf of A.

Cases Cited

Referred to: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 59(3), 165(3).

Authors Cited

Bowers, Renzo D. *A Treatise on the Law of Conversion.* Boston: Little, Brown, 1917.

Crawford and Falconbridge: Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford. Toronto : Canada Law Book, 1986.

Grubb, Andrew, ed. *The Law of Tort.* London: Butterworths LexisNexis, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2001), 198 D.L.R. (4th) 40, 92 Alta. L.R. (3d) 280, 277 A.R. 211, 13 B.L.R. (3d) 165, [2001] 7 W.W.R. 638, [2001] A.J. No. 341 (QL), 2001 ABCA 76, affirming a decision of the Court of Queen's Bench. Appeal allowed.

James K. McFadyen, for the appellant.

Douglas N. Tkachuk and *Kelsey Becker*, for the respondents.

avoir détournement par une institution prêteuse que si le chèque a été payé à une autre personne que son détenteur légitime et que ce dernier n'a pas autorisé ce paiement. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il n'y a pas de délit. En l'espèce, par l'entremise de L, A a autorisé la banque, comme elle avait le droit de le faire, à déposer le chèque au compte de B. Il n'y a donc pas eu, de la part de la banque, d'ingérence illégitime à l'égard du chèque de A puisqu'elle n'a pas agi d'une manière incompatible avec les instructions de A. Partant, la banque ne peut être tenue responsable du détournement du montant du chèque vis-à-vis du séquestre et administrateur de A. Bien qu'il ait été répréhensible de la part de A de détourner les fonds au détriment de ses créanciers, L avait le pouvoir de gérer les fonds en question pour le compte de A.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

Lois et règlements cités

Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4, art. 59(3), 165(3).

Doctrine citée

Bowers, Renzo D. *A Treatise on the Law of Conversion.* Boston : Little, Brown, 1917.

Crawford and Falconbridge : Banking and Bills of Exchange : A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.

Grubb, Andrew, ed. *The Law of Tort.* London : Butterworths LexisNexis, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2001), 198 D.L.R. (4th) 40, 92 Alta. L.R. (3d) 280, 277 A.R. 211, 13 B.L.R. (3d) 165, [2001] 7 W.W.R. 638, [2001] A.J. No. 341 (QL), 2001 ABCA 76, confirmant une décision de la Cour du Banc de la Reine. Pourvoi accueilli.

James K. McFadyen, pour l'appelante.

Douglas N. Tkachuk et *Kelsey Becker*, pour les intimées.

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — The outcome of this appeal depends on whether the appellant Bank of Montreal (the "Bank") by itself or with others acted in any way to cause financial loss to the respondents. As the appellant Bank acted with proper authority, the answer is no. The appeal is allowed with costs.

I. Facts

2 The facts are not in dispute. Douglas Lakusta was the sole shareholder and directing mind of both 373409 Alberta Ltd. ("373409") and Legacy Holdings Ltd. ("Legacy"). The events that give rise to this action occurred after 373409 entered into a General Security Agreement with the respondent Province of Alberta Treasury Branches, but before the respondent Ernst & Young Inc. was appointed as 373409's Receiver and Manager.

3 Lakusta received a cheque payable to 373409 for the sale of an automobile to a bona fide customer, Lea Sanderson. Lakusta altered the cheque by adding "/Legacy" so that the payee read "373409 Alberta Ltd./Legacy". He deposited the altered cheque into Legacy's account at the appellant Bank. The cheque was not endorsed. The Bank credited Legacy's account with the proceeds of the cheque, and the funds were later withdrawn by Lakusta.

4 373409 subsequently went into liquidation, and its Receiver and Manager brought the present action in conversion against the Bank for having accepted for deposit 373409's unendorsed cheque into Legacy's account.

II. Judicial History

5 The Alberta Court of Queen's Bench held that the Bank was liable in conversion to the Receiver and Manager of 373409 for having credited Legacy's account with the proceeds of the cheque without the endorsement and negotiation of the cheque by 373409 in accordance with the provisions of the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'issue du présent pourvoi dépend de la réponse à la question : l'appelante Banque de Montréal (la « banque »), seule ou avec d'autres, a-t-elle agi de manière à infliger une perte financière aux intimées? L'appelante ayant agi comme elle y était dûment autorisée, la réponse est négative. Le pourvoi est accueilli avec dépens.

I. Les faits

Les parties s'entendent sur les faits. Douglas Lakusta était l'unique actionnaire et l'âme dirigeante de 373409 Alberta Ltd. (« 373409 ») et de Legacy Holdings Ltd. (« Legacy »). Les événements qui sont à l'origine du litige se sont produits après que 373409 eut conclu un contrat de garantie générale avec l'intimée Province of Alberta Treasury Branches, mais avant que l'intimée Ernst & Young Inc. ne soit nommée séquestre et administrateur de 373409.

M. Lakusta a reçu un chèque payable à l'ordre de 373409 pour la vente d'une automobile à une cliente de bonne foi, M^me^ Lea Sanderson. Il a modifié le libellé du chèque en y ajoutant « /Legacy », de façon que le preneur devienne « 373409 Alberta Ltd./Legacy ». Il a ensuite déposé le chèque au compte de Legacy à la banque appelante. Le chèque n'était pas endossé. La banque a crédité le compte de Legacy du montant du chèque, et M. Lakusta a ensuite retiré la somme.

Subséquemment, 373409 a fait l'objet d'une liquidation, et son séquestre et administrateur a intenté une action pour détournement contre la banque, lui reprochant d'avoir accepté le dépôt au compte de Legacy du chèque non endossé payable à l'ordre de 373409.

II. Décisions dont appel

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué que la banque était responsable de détournement vis-à-vis du séquestre et administrateur de 373409 parce qu'elle avait porté au crédit de Legacy le montant du chèque sans que celui-ci n'ait été endossé et négocié par 373409 conformément aux dispositions

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4 (the "Act"). The trial judge also held that the Bank could not avail itself of the defence provided by s. 165(3) of the Act since the cheque was not deposited into the account of a "person" within the meaning of that section.

A majority of the Alberta Court of Appeal dismissed the appeal ((2001), 198 D.L.R. (4th) 40). Girgulis J. (*ad hoc*) (McClung J.A. concurring) agreed with the reasons of the trial judge, and held that the Bank was liable in conversion and could not avail itself of the defence provided by s. 165(3) of the Act. In dissent, Conrad J.A. held that the Bank was not liable in conversion because the deposit was made by a person entitled to possession and having authority to deal with the cheque, notwithstanding the lack of formal endorsement.

III. Issues

1. Is the Bank liable in conversion to the Receiver and Manager of 373409 for having deposited the proceeds of the cheque into Legacy's account, as authorized by Lakusta, the sole shareholder and directing mind of 373409?

2. If so, can the Bank avail itself of the defence provided by s. 165(3) of the Act?

IV. Analysis

A. *The Tort of Conversion*

The tort of conversion "involves a wrongful interference with the goods of another, such as taking, using or destroying these goods in a manner inconsistent with the owner's right of possession": *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, *per* Iacobucci J., at para. 31. It has long been recognized that an action in conversion may be brought by the rightful holder of a cheque against a wrongful dispossessor: *Crawford and Falconbridge: Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2, at p. 1386 ("*Crawford and Falconbridge*"). The tort is one of strict liability, and although the dispossession must

de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4 (la « Loi »). Le juge de première instance a également conclu que la banque ne pouvait se prévaloir du moyen de défense prévu au par. 165(3) de la Loi, le chèque n'ayant pas été déposé au compte d'une « personne » au sens de cette disposition.

6 Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont rejeté l'appel ((2001), 198 D.L.R. (4th) 40). Le juge Girgulis (*ad hoc*) (avec l'accord du juge McClung) a fait siens les motifs du juge de première instance, et a conclu que la banque était responsable de détournement et ne pouvait invoquer le par. 165(3) de la Loi. Dissidente, madame le juge Conrad a estimé qu'il n'y avait pas eu détournement, le dépôt ayant été effectué par une personne qui avait légitimement droit au chèque et qui était autorisée à le négocier, malgré l'absence d'endossement formel.

III. Les questions en litige

7 1. La banque s'est-elle rendue coupable de détournement vis-à-vis du séquestre et administrateur de 373409 en portant le montant du chèque au crédit du compte de Legacy, comme l'y avait autorisée M. Lakusta, l'unique actionnaire et l'âme dirigeante de 373409?

2. Dans l'affirmative, la banque peut-elle se prévaloir du moyen de défense prévu au par. 165(3) de la Loi?

IV. L'analyse

A. *Le délit de détournement*

8 Le délit de détournement « comporte une ingérence illégitime dans les objets appartenant à autrui, comme le fait de prendre, utiliser ou détruire ces objets d'une façon incompatible avec le droit de possession de leur propriétaire » : *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, le juge Iacobucci, par. 31. Il est depuis longtemps établi que le détenteur légitime d'un chèque peut intenter une action pour détournement contre la personne qui l'en a dépossédé illégitimement : *Crawford et Falconbridge : Banking and Bills of Exchange* (8e éd. 1986), vol. 2, p. 1386 (« *Crawford et Falconbridge* »). Le délit en

arise as a result of the defendant's intentional act, "it is no defence that the wrongful act was committed in all innocence": *Boma*, *supra*, at para. 31.

9 An owner's right of possession includes the right to authorize others to deal with his or her chattel in any manner specified. As a result, dealing with another's chattel in a manner authorized by the rightful owner is consistent with the owner's right of possession, and does not qualify as wrongful interference. The principle is aptly stated in R. D. Bowers, *A Treatise on the Law of Conversion* (1917), at § 10:

> It will be noted that the deprivation must be wrongful, for without the element of wrong no tort can be committed and conversion cannot occur; and to be wrongful, it must be wholly without the owner's sanction or assent, either express or implied. So, where the owner has given to another, or permitted him to have control of the property, no one can be held responsible in tort for its conversion who merely makes such use of the property or exercises such dominion over it as is warranted by the authority thus given. Otherwise expressed, it has been said that a rightful interference with the chattels of another cannot constitute a conversion. [Footnotes omitted.]

The principle is reiterated in A. Grubb, ed., *The Law of Tort* (2002), at para. 11.170:

> No action lies in conversion or trespass to chattels for consensual interferences with goods: the nature of these torts involves *wrongful* interference with goods and an interference that is consented to cannot be wrongful. Consent may be express, as in a contract or agreement for bailment or lease, or it may be implied from the circumstances. [Emphasis in original.]

10 *Boma*, *supra*, presented an entirely different factual basis than the case at bar. There, a bookkeeper committed fraud against the companies she worked for by issuing a series of fraudulent cheques made payable to various individuals. The collecting bank deposited the proceeds of the fraudulent cheques into the bookkeeper's account. Iacobucci J. cited (at para. 36) with approval the following passage from *Crawford and Falconbridge*, at p. 1386:

question en est un de stricte responsabilité, et bien que la dépossession doive résulter de l'acte intentionnel du défendeur, « l'on ne peut donc opposer, comme moyen de défense, que l'acte illégitime a été accompli en toute innocence » : *Boma*, précité, par. 31.

Le droit de possession du propriétaire comprend le droit d'autoriser autrui à agir d'une manière donnée à l'égard de son bien. Partant, agir à l'égard d'un bien d'une manière autorisée par son propriétaire légitime est compatible avec le droit de possession de ce dernier et n'équivaut pas à une ingérence illégitime. Le principe est bien énoncé dans l'ouvrage de R. D. Bowers, intitulé *A Treatise on the Law of Conversion* (1917), par. 10 :

> [TRADUCTION] Signalons que la dépossession doit être fautive, car il ne peut y avoir de délit sans faute ni, par conséquent, de détournement. Pour qu'elle soit fautive, elle doit intervenir sans aucune approbation ni aucun assentiment, exprès ou tacite, du propriétaire. Lorsque ce dernier accorde à un tiers la possession de son bien ou l'autorise à le posséder, celui qui s'en tient à cette utilisation du bien ou qui n'exerce à son égard que le pouvoir qui lui a été conféré ne peut être tenu délictuellement responsable de détournement. En d'autres termes, l'ingérence légitime à l'égard du bien d'autrui ne saurait constituer un détournement. [Notes en bas de page omises.]

Ce principe est repris dans l'ouvrage de A. Grubb, dir., intitulé *The Law of Tort* (2002), par. 11.170 :

> [TRADUCTION] Une action pour détournement d'un bien ou atteinte à sa possession ne peut être intentée lorsqu'il y a eu consentement à l'ingérence : la nature de ce délit suppose une ingérence *illégitime* à l'égard du bien, et une ingérence consensuelle ne saurait être illégitime. Le consentement peut être exprès, comme dans un contrat ou une convention de bail ou de location, ou il peut être déduit des circonstances. [Souligné dans l'original.]

Dans *Boma*, précité, les faits étaient totalement différents de ceux de la présente espèce. Une comptable avait fraudé les sociétés pour lesquelles elle travaillait en émettant une série de chèques frauduleux payables à diverses personnes. La banque d'encaissement avait déposé le montant des chèques frauduleux au compte de la comptable. Le juge Iacobucci a cité (au par. 36) en l'approuvant l'extrait suivant de *Crawford et Falconbridge*, p. 1386 :

It has been repeatedly held that a bank converts an instrument by dealing with it under the direction of one not authorized, either by collecting it or, *semble* (although this has not yet actually been decided) by paying it and in either case, making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession. [Footnotes omitted.]

That means a lending institution's liability in conversion is predicated upon finding both that payment upon the cheque was made to someone other than the rightful holder of the cheque, and that such payment was not authorized by the rightful holder. If either of these criteria is not satisfied, there is no tort. On the facts of *Boma*, *supra*, Iacobucci J. held, at para. 40, that the bookkeeper's actions were beyond the ambit of authority granted to her by the companies she worked for. As a result, the bank's actions were undertaken without the authority of the companies which were rightfully entitled to the cheques' proceeds, and resulted in the dispossession of those companies' entitlements. Consequently, the bank was held to be *prima facie* liable in conversion for having deposited the cheques' proceeds into the bookkeeper's account.

The respondents rely upon *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, a decision of the Manitoba Court of Appeal. The facts in that case were similar to the case at bar: the sole shareholder of a company staving off creditors deposited two unendorsed cheques payable to that company into his own account. The Court of Appeal found the credit union which collected the cheques' proceeds to be liable to the receiver and manager of the cheques' payee. The case is of little help in this appeal as it was not an action for conversion, and the Court of Appeal did not appear to have been asked or to have considered whether the credit union's actions had been authorized by the rightful payee, notwithstanding the payee's lack of endorsement.

In this appeal, it is acknowledged that the Bank dealt with 373409's cheque in a manner which, if unauthorized, would have created liability in

[TRADUCTION] On a conclu, à maintes reprises, qu'une banque détourne un effet si elle le négocie sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant ou, semble-t-il (quoique cela n'ait pas été encore tranché) en le payant et, dans un cas comme dans l'autre, en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit. [Notes en bas de page omises.]

Il ne peut donc y avoir détournement par une institution prêteuse que si le chèque a été payé à une autre personne que son détenteur légitime et que ce dernier n'a pas autorisé ce paiement. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il n'y a pas de délit. Dans *Boma*, précité, le juge Iacobucci a conclu au par. 40 que la comptable avait outrepassé les pouvoirs que lui avaient conférés les sociétés pour lesquelles elle travaillait. La banque avait donc agi sans l'autorisation des sociétés qui avaient légitimement droit aux montants des chèques et elle les avait ainsi dépossédées de leurs droits. Par conséquent, la banque a été jugée responsable à première vue de détournement pour avoir déposé le montant des chèques au compte de la comptable.

11 Les intimées invoquent l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, de la Cour d'appel du Manitoba. Les faits s'apparentent à ceux de la présente affaire : l'unique actionnaire d'une société qui tentait d'échapper à ses créanciers avait déposé à son propre compte deux chèques non endossés payables à l'ordre de la société. La Cour d'appel est arrivée à la conclusion que la coopérative d'épargne et de crédit qui avait encaissé les chèques était responsable envers le séquestre et administrateur du preneur des chèques. Cette décision est peu pertinente en l'espèce puisqu'il ne s'agissait pas d'une action pour détournement et que la Cour d'appel ne paraît pas s'être penchée, de son propre chef ou à la demande d'une partie, sur la question de savoir si les actes de la coopérative d'épargne et de crédit avaient été autorisés par le preneur légitime, malgré l'absence d'endossement par celui-ci.

12 Aux fins du présent pourvoi, il est reconnu que, si elles n'étaient pas autorisées, les opérations effectuées par la banque relativement au chèque

conversion. Before the cheque was brought to the Bank by Lakusta, 373409 was the rightful holder of the cheque and entitled to its proceeds. Lakusta's alteration of the cheque had no effect upon 373409's sole entitlement to it. The deposit of the cheque's proceeds into Legacy's account led to the dispossession of 373409's entitlement. The issue is whether the Bank was authorized by 373409 to deal with the cheque as it did, the result being to deprive 373409 of the cheque's proceeds. If 373409 authorized the Bank to deposit the proceeds of the cheque into Legacy's account, then the Bank's actions cannot be wrongful interference and cannot give rise to liability in conversion because it acted with the authority of the true owner of the cheque.

13 The respondents' argument turns on their submission that only a proper endorsement of the cheque would have provided the Bank with the authority needed to deal with it. In their submission, Lakusta had to endorse the cheque in accordance with the provisions of the Act. Absent that endorsement, the respondents argue, Lakusta's explicit instructions to the Bank did not constitute authorization to deal with the cheque. The trial judge and the majority of the Alberta Court of Appeal agreed with this analysis. The Court of Appeal stated, at para. 6, that "the Bank cannot argue that Lakusta had authority on behalf of the numbered company without actually obtaining an endorsement to that effect". With respect, that conclusion is wrong as it would remove the possessory rights attached to the ownership of the cheque.

14 Iacobucci J. stated in *Boma*, *supra*, at para. 30, that "[a]n individual obtains title to a bill through negotiation". Negotiation, then, refers to the transfer of a bill's title between two parties. As per s. 59(3) of the Act, "[a] bill payable to order is negotiated by the endorsement of the holder". An endorsement, therefore, is the formal mechanism by which the holder of a bill payable to order transfers title in that bill to another party.

15 The issue in this case, however, is not whether 373409 transferred its title in the cheque to Legacy,

de 373409 équivalent à un détournement. Avant que M. Lakusta ne présente le chèque à la banque, 373409 en était le détenteur légitime et avait droit à son montant. La modification du libellé du chèque par M. Lakusta n'a eu aucun effet sur le droit de 373409 d'en toucher, seule, le montant. Le dépôt du chèque au compte de Legacy a dépossédé 373409 de son droit. La question est de savoir si la banque était autorisée par 373409 à agir comme elle l'a fait, privant ainsi 373409 du montant du chèque. Si 373409 avait autorisé la banque à déposer le chèque au compte de Legacy, alors les actes de la banque ne peuvent être assimilés à une ingérence illégitime et la banque ne peut être tenue responsable de détournement puisqu'elle a agi avec l'autorisation du propriétaire véritable du chèque.

Les intimées font essentiellement valoir que seul l'endossement en bonne et due forme du chèque aurait conféré à la banque l'autorisation nécessaire. Selon elles, M. Lakusta devait endosser le chèque conformément à la Loi. Sans un tel endossement, les instructions expresses que M. Lakusta a données à la banque n'emportaient pas l'autorisation de payer le chèque. Le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont été de cet avis. Au paragraphe 6 de ses motifs, la Cour d'appel dit que [TRADUCTION] « la banque ne peut soutenir que M. Lakusta avait l'autorisation de la société à dénomination numérique sans avoir obtenu, dans les faits, un endossement le confirmant ». En toute déférence, il s'agit d'une conclusion erronée en ce qu'elle fait fi des droits de possession découlant de la propriété du chèque.

Dans *Boma*, précité, le juge Iacobucci a dit au par. 30 qu'« [u]ne personne obtient le titre sur une lettre par négociation ». Il y a négociation lorsqu'une partie cède à une autre son droit sur une lettre de change. Aux termes du par. 59(3) de la Loi, « [l]a lettre payable à ordre se négocie par endossement du détenteur ». L'endossement est donc le mécanisme formel par lequel le détenteur d'une lettre de change payable à ordre cède à un tiers son droit sur cette lettre de change.

Toutefois, la question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir si 373409 a cédé à Legacy son

but whether the Bank dealt with the cheque on the authority of 373409. As long as the Bank's actions were authorized by 373409, then the criterion of wrongful interference does not arise. An owner's capacity to authorize others to deal with his or her chattel is fundamental to that owner's right of possession. The provisions of the Act do not in any way limit the capacity of a cheque owner to delegate such authority. The rightful owner of any chattel, including a bill of exchange, is capable of authorizing another party to deal with that chattel, notwithstanding the absence of a formal transfer of title.

Consequently, whether 373409 negotiated the cheque and effected a transfer of title to Legacy is not dispositive of whether 373409 authorized the Bank to deal with its cheque as it did. The owner of a cheque is capable of authorizing another party to collect the proceeds of the cheque and transfer those proceeds to a third party. The granting of such authority is not dependent upon a transfer of legal title pursuant to the requirements of the Act.

As Conrad J.A. noted in her dissent, at para. 37, a bank assumes significant risk in accepting an unendorsed third party cheque into a customer's account. An endorsement is the formal mechanism by which a bank is able to verify that it has the authority to deposit a cheque's proceeds into a customer's account. However, where the rightful owner has in fact authorized the bank to deal with the cheque, the lack of endorsement will not negate that authority. In other words, as Conrad J.A. concludes, at para. 49, a bank's "assumption of that risk . . . does not by itself constitute conversion".

In this case, Lakusta instructed the Bank to deposit the proceeds of the cheque payable to 373409 into Legacy's account. As Lakusta was the sole owner of 373409, he could, as he did, authorize the Bank to deal with 373409's cheque, and the Bank played no role in conversion. To state the obvious, if Lakusta was not acting on behalf of 373409, then the Bank would not have had authorization to deal with the cheque and would be liable in

droit sur le chèque, mais bien si la banque a payé le chèque avec l'autorisation de 373409. Si les actes de la banque étaient autorisés par 373409, il n'y a pas eu d'ingérence illégitime. La faculté du propriétaire d'autoriser autrui à accomplir un acte à l'égard de son bien est essentielle à son droit de possession. Les dispositions de la Loi ne limitent aucunement la faculté du propriétaire d'un chèque de déléguer ce pouvoir. Le propriétaire légitime d'un bien, y compris une lettre de change, peut autoriser une autre personne à accomplir un acte à l'égard de ce bien même s'il n'y a pas cession formelle de droit.

16 En conséquence, la réponse à la question de savoir si 373409 a négocié le chèque et procédé à une cession de droit au bénéfice de Legacy ne permet pas de décider si 373409 a autorisé la banque à agir comme elle l'a fait à l'égard du chèque. Le propriétaire d'un chèque peut autoriser une autre personne à l'encaisser et à en transférer le montant à un tiers. L'octroi de ce pouvoir ne dépend pas de l'existence d'une cession de droit conforme aux exigences de la Loi.

17 Comme le signale madame le juge Conrad, au par. 37 de ses motifs de dissidence, une banque court un risque important lorsqu'elle accepte de déposer au compte d'un client le chèque non endossé d'un tiers. L'endossement est le mécanisme formel qui permet à la banque de s'assurer qu'elle est autorisée à déposer le montant du chèque au compte d'un client. Toutefois, lorsque le propriétaire légitime a de fait autorisé la banque à payer le chèque, l'absence d'endossement n'a pas pour effet d'annuler cette autorisation. En d'autres termes, le juge Conrad conclut au par. 49 que le fait, pour la banque, [TRADUCTION] « de courir ce risque [. . .] ne constitue pas en soi un détournement ».

18 Dans la présente affaire, M. Lakusta a donné à la banque l'instruction de déposer le montant du chèque payable à 373409 au compte de Legacy. En sa qualité d'unique propriétaire de 373409, M. Lakusta pouvait, comme il l'a fait, autoriser la banque à payer le chèque libellé à l'ordre de 373409, de sorte que la banque n'a joué aucun rôle dans le détournement. Il va sans dire que si M. Lakusta n'avait pas agi pour le compte de 373409, la banque n'aurait

conversion for having dispossessed 373409 of the cheque's proceeds.

19 There can be no doubt that Lakusta's act of directing the Bank to deposit the proceeds of the cheque into Legacy's account can be attributed to and considered authorized by 373409. See *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), *per* Viscount Haldane L.C., at p. 713:

> . . . a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation. That person may be under the direction of the shareholders in general meeting; that person may be the board of directors itself. . . .

20 Here, Lakusta was the sole shareholder, director, and officer of 373409. He was the only person capable of acting as the corporation's directing mind, and he formed the entire "ego" and "personality" of the corporation. In his capacity as sole shareholder and director of the corporation, he had the full capacity to delegate authority to the corporation's agents. He was the sole officer of the corporation, and its only agent. Consequently, any act which he undertook as 373409's agent must be deemed authorized by the corporation. The only conclusion available on the evidence was that Lakusta, *qua* shareholder and director, authorized Lakusta, *qua* officer, to deposit 373409's funds into Legacy's account.

21 Conrad J.A. in her dissent agreed with this conclusion. The majority of the Court of Appeal decided the appeal on the invalidity of the endorsement, and at para. 14 held that it was unnecessary to consider whether Lakusta's authority to transfer funds on behalf of 373409 was undermined by the fact that he was "taking money from the rightful payee, the numbered company, and using it improperly for the benefit of the other company or for himself".

pas eu l'autorisation de payer le chèque et aurait pu être tenue responsable de détournement pour avoir dépossédé 373409 du montant du chèque.

Il ne fait aucun doute que l'acte qu'a accompli M. Lakusta en donnant à la banque l'instruction de déposer le chèque au compte de Legacy peut être imputé à 373409 et tenu pour autorisé par cette dernière. Voir *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), le vicomte Haldane, lord chancelier, p. 713 :

> [TRADUCTION] . . . une compagnie est une abstraction. Dénuée de corps et d'esprit, sa volonté ne peut se manifester que par l'intermédiaire d'une personne qui, à certaines fins, peut être appelée un mandataire, mais qui est en réalité l'âme dirigeante de ladite compagnie, l'incarnation même de celle-ci. Cette personne peut relever des actionnaires réunis en assemblée générale; dans d'autres cas, l'âme dirigeante peut être le conseil d'administration lui-même . . .

En l'espèce, M. Lakusta était l'unique actionnaire, administrateur et dirigeant de 373409. Il était la seule personne susceptible d'en être l'âme dirigeante et il en était l'« incarnation même ». En qualité d'unique actionnaire et administrateur de la société, il était pleinement habilité à déléguer des pouvoirs aux mandataires de la société. Il était l'unique dirigeant de la société et son seul mandataire. Partant, toute mesure qu'il a prise à titre de mandataire de 373409 doit être réputée autorisée par la société. La seule conclusion qui peut être tirée à partir de la preuve est que M. Lakusta, en qualité d'actionnaire et d'administrateur, a autorisé M. Lakusta, en qualité de dirigeant, à déposer les fonds de 373409 au compte de Legacy.

En Cour d'appel, madame le juge Conrad, dissidente, s'est rangée à cet avis. Les juges majoritaires ont fondé leur décision sur l'invalidité de l'endossement et ont conclu, au par. 14, qu'il n'était pas nécessaire de se demander si le pouvoir de M. Lakusta de transférer les fonds pour le compte de 373409 était compromis par le fait qu'il [TRADUCTION] « retirait l'argent au preneur légitime, la société à dénomination numérique, et l'utilisait indûment au bénéfice de l'autre société ou à ses propres fins ».

In *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, it was held at p. 713, that where a criminal act "is totally in fraud of the corporate employer and where the act is intended to and does result in benefit exclusively to the employee-manager", that act cannot be attributed to the corporation. In this appeal, Lakusta's diversion of money from 373409 to Legacy may very well have been wrongful *vis-à-vis* the corporation's creditors. However, Lakusta's action was not in fraud of the corporation itself. Since Lakusta directed the funds into Legacy's account with the full authorization of 373409's sole shareholder and director, being himself, that action was not fraud in respect of 373409.

The impropriety of the corporation's diversion of funds from its creditors does not undermine Lakusta's authority to deal with those funds on behalf of the corporation. The wrongfulness of an officer's act in relation to a third party does not negate that act's attribution to the corporate body. For instance, a corporation may be responsible for the criminal acts of its agents, as it was in *Dredge & Dock*, *supra*. The key question in determining attribution is whether that agent's action was within the scope of authority delegated to him or her by the corporation. Since Lakusta was acting within the scope of authority granted to him by 373409, his act of instructing the Bank to deposit the cheque's proceeds into Legacy's account must be attributed to the corporation.

373409, through Lakusta, authorized the Bank, as it was entitled to do, to deposit the cheque's proceeds into Legacy's account. As a result, the Bank did not wrongfully interfere with 373409's cheque, as it did not deal with that cheque in a manner inconsistent with 373409's instructions. Consequently, the Bank is not liable in conversion to 373409's Receiver and Manager for the proceeds of the cheque.

B. *Section 165(3) of the Act*

As a result of the conclusion reached, it is unnecessary to consider whether the Bank can avail itself

Dans *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, p. 713, notre Cour a statué que, lorsqu'un acte criminel « est complètement frauduleux envers la compagnie employeur, que cet acte était censé profiter exclusivement au directeur employé et que tel a été le résultat », cet acte ne peut être imputé à la société. En l'espèce, le détournement des fonds de 373409 au bénéfice de Legacy peut fort bien avoir été préjudiciable aux créanciers de la société. Cependant, M. Lakusta n'a pas commis de fraude vis-à-vis de la société elle-même. Comme il a ordonné le dépôt des fonds au compte de Legacy, avec la pleine autorisation de l'unique actionnaire et administrateur de 373409, c'est-à-dire lui-même, cette mesure ne constituait pas une fraude à l'égard de 373409. 22

Bien qu'il ait été répréhensible de la part de la société de détourner les fonds au détriment de ses créanciers, M. Lakusta avait le pouvoir de gérer les fonds en question pour le compte de la société. Le caractère préjudiciable de l'acte d'un dirigeant, vis-à-vis d'un tiers, n'empêche pas d'attribuer cet acte à la personne morale. Par exemple, une société peut être tenue responsable des actes criminels de ses mandataires, comme dans *Dredge & Dock*, précité. La question fondamentale en ce qui a trait à l'imputation est de savoir si l'acte du mandataire relevait des pouvoirs délégués par la société. M. Lakusta ayant agi dans les limites du mandat que lui a confié 373409, l'ordre donné à la banque de déposer le chèque au compte de Legacy doit être imputé à la société. 23

Par l'entremise de M. Lakusta, 373409 a autorisé la banque, comme elle avait le droit de le faire, à déposer le chèque au compte de Legacy. Il n'y a donc pas eu, de la part de la banque, d'ingérence illégitime, puisqu'elle n'a pas agi, à l'égard du chèque de 373409, d'une manière incompatible avec les instructions de 373409. Partant, la banque ne peut être tenue responsable du détournement du montant du chèque vis-à-vis du séquestre et administrateur de 373409. 24

B. *Le paragraphe 165(3) de la Loi*

Vu la conclusion tirée, il est inutile de décider si la banque peut invoquer le moyen de défense prévu 25

of the defence to conversion provided by s. 165(3) of the Act.

V. Conclusion

26 For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs, and set aside the judgments of the Alberta Court of Appeal and the Alberta Court of Queen's Bench.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

au par. 165(3) de la Loi en réponse à l'allégation de détournement.

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et d'annuler les jugements de la Cour d'appel de l'Alberta et de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Parlee McLaws, Edmonton.

Procureurs des intimées : Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Eric Squires *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* SQUIRES

Neutral citation: 2002 SCC 82.

File No.: 29060.

2002: December 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Charge to jury giving rise to reasonable likelihood that jury misapprehended correct standard of proof.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 99, 626 A.P.R. 99, [2002] N.J. No. 23 (QL), 2002 NFCA 4, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Derek Hogan, for the appellant.

Kathleen Healey, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This is an appeal as of right. The major issue on appeal is the adequacy of the trial judge's charge to the jury on reasonable doubt. On this issue, we agree, substantially for the reasons of O'Neill J.A., dissenting in the Newfoundland and Labrador Court of Appeal ((2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 99), that the trial judge, who had the benefit of the Court's reasons in *R. v. Lifchus*, [1997] 3

Eric Squires *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SQUIRES

Référence neutre : 2002 CSC 82.

N° du greffe : 29060.

2002 : 12 décembre.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Exposé engendrant une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêt mentionné :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 99, 626 A.P.R. 99, [2002] N.J. No. 23 (QL), 2002 NFCA 4, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Derek Hogan, pour l'appelant.

Kathleen Healey, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent appel est interjeté de plein droit. La principale question en litige est celle du caractère adéquat de l'exposé sur le doute raisonnable que le juge du procès a fait au jury. À ce propos, nous convenons, essentiellement pour les mêmes raisons que le juge O'Neil, dissident en Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ((2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 99), que le juge du procès, qui

S.C.R. 320, erred in his charge to the jury. We agree with O'Neill J.A. that the charge, when read as a whole, gives rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof.

2 Since the matter is going back for a new trial, it is not necessary to deal with *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, and post-offence conduct issues. Accordingly, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Derek Hogan, St. John's.

Solicitors for the respondent: The Department of Justice, St. John's.

disposait des motifs de notre Cour dans l'affaire *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, a commis une erreur dans son exposé au jury. Nous souscrivons à l'opinion du juge O'Neil selon laquelle, considéré dans son ensemble, l'exposé donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable.

Étant donné que l'affaire fera l'objet d'un nouveau procès, il n'est pas nécessaire d'examiner l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, et les questions de comportement postérieur à l'infraction. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Derek Hogan, St. John's.

Procureurs de l'intimée : Le ministère de la Justice, St. John's.

The Attorney General of Nova Scotia *Appellant*

v.

Susan Walsh and Wayne Bona *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Interveners*

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Appelant*

c.

Susan Walsh et Wayne Bona *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) *v.* WALSH

Neutral citation: 2002 SCC 83.

File No.: 28179.

2002: June 14; 2002: December 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* WALSH

Référence neutre : 2002 CSC 83.

N° du greffe : 28179.

2002 : 14 juin; 2002 : 19 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples discriminatory within meaning of s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

Family law — Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples from definition of spouse constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

The parties, B and W, cohabited for approximately 10 years. W applied for spousal support, child support

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

Droit de la famille — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

Les parties, B et W, ont cohabité pendant 10 ans environ. W a réclamé une pension alimentaire pour

and a declaration that the definition of "spouse" in s. 2(g) of Nova Scotia *Matrimonial Property Act* ("*MPA*") was unconstitutional for failing to provide her with the presumption, applicable to married spouses, of an equal division of matrimonial property, in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge held that the exclusion of common law spouses from the definition of "spouse" did not constitute discrimination within the meaning of s. 15(1). The Court of Appeal set aside the decision, concluding that the legislation infringed s. 15(1) and that the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed. The exclusion from the *MPA* of unmarried cohabiting persons of the opposite sex is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. The distinction does not affect the dignity of these persons and does not deny them access to a benefit or advantage available to married persons.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The three-part test for determining whether an impugned statute violates the s. 15(1) equality guarantee was set out in *Law*. With respect to the first two inquiries, the Crown conceded that the *MPA* provides differential treatment for the purpose of s. 15(1) and that marital status is an analogous ground of discrimination. With respect to the third inquiry, it can be stated, in the present case, as whether a reasonable heterosexual unmarried cohabiting person, taking into account all of the relevant contextual factors, would find the *MPA*'s failure to include him or her in its ambit has the effect of demeaning his or her dignity.

The equality guarantee is a comparative concept. The comparator groups in this case are married and unmarried heterosexual cohabitants. Although in some cases certain functional similarities between these two groups may be substantial, it would be wrong here to ignore the significant heterogeneity that exists within the claimant's comparator group. Reliance solely on certain "functional similarities" between the two groups does not adequately address the full range of traits, history and circumstances of the comparator group of which the claimant is a member.

Although the courts and legislatures have recognized the historical disadvantages suffered by unmarried cohabiting couples, where legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal. Many opposite sex individuals in

elle-même et leurs enfants, et un jugement déclarant inconstitutionnelle la définition de « conjoint » à l'al. 2*g*) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse (« *MPA* ») parce qu'elle ne lui permet pas de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable aux conjoints mariés, en violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance conclut que l'exclusion des conjoints de fait de la définition n'est pas discriminatoire au sens du par. 15(1). La Cour d'appel infirme sa décision et conclut que l'exclusion contrevient au par. 15(1) et n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L'exclusion, dans la *MPA*, des conjoints de sexe opposé non mariés n'est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. La distinction ne porte pas atteinte à la dignité de ces personnes et ne les prive pas d'un bénéfice ou avantage accordé aux personnes mariées.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : L'analyse en trois étapes servant à déterminer si une loi viole la garantie d'égalité du par. 15(1) est établie par l'arrêt *Law*. Pour les deux premières étapes d'analyse, le procureur général admet que la *MPA* crée une différence de traitement au sens du par. 15(1) et que l'état matrimonial est un motif analogue de discrimination. Pour la troisième, il faut se demander en l'espèce si un partenaire hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la *MPA* porte atteinte à sa dignité en ne l'incluant pas dans son champ d'application.

La garantie d'égalité est un concept relatif. Les groupes de comparaison, en l'espèce, sont les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Bien que, dans certains cas, ces deux groupes puissent présenter des similitudes fonctionnelles importantes, ce serait une erreur en l'espèce de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient le demandeur. Invoquer l'existence de certaines « similitudes fonctionnelles » entre les deux groupes ne permet pas de tenir adéquatement compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient le demandeur.

Bien que les tribunaux et les législatures aient reconnu le désavantage historique subi par les couples non mariés, lorsque la loi modifie radicalement les obligations juridiques des partenaires, la liberté de choix doit être considérée primordiale. La décision de se marier ou non est de nature très personnelle. De nombreuses personnes de

conjugal relationships of some permanence have chosen to avoid marriage and the legal consequences that flow from it. To ignore the differences among cohabiting couples presumes a commonality of intention and understanding that simply does not exist. This effectively nullifies the individual's freedom to choose alternative family forms and to have that choice respected by the state.

Examination of the context in which the discrimination claim arises also involves a consideration of the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances. The *MPA* deems married persons to have agreed to an economic partnership wherein both pecuniary and non-pecuniary contributions to the marriage partnership are considered to be of equal worth entitling each spouse, *inter alia*, to an equal division of a pool of assets upon marriage breakdown. The *MPA* also confers other benefits and imposes other obligations on the spouses. The decision to marry, which requires the consent of each spouse, encapsulates within it the spouses' consent to be bound by the *MPA* proprietary regime. Unmarried cohabitants, on the other hand, maintain their respective proprietary rights and interests throughout the duration of their relationship and at its end. If they so choose, however, they are able to access all of the benefits applicable to married couples under the *MPA*. They are free to marry, enter into domestic contracts, own property jointly or register as domestic partners. There is thus no discriminatory denial of a benefit in this case because those who do not marry are free to take steps to deal with their personal property in such a way as to create an equal partnership between them.

The decision to live together is insufficiently indicative of an intention to contribute to and share in each other's assets and liabilities. While many unmarried cohabitants have agreed as between themselves to live as economic partners for the duration of their relationship, it does not necessarily follow that these same persons would agree to restrict their ability to deal with their own property during the relationship or to share in all of the other's assets and liabilities following the end of the relationship. People who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations. A decision not to marry should be respected because it also stems from a conscious choice of the parties.

Even if the freedom to marry is sometimes illusory, it does not warrant setting aside an individual's freedom of choice and imposing on that individual a regime that was designed for persons who have made an unequivocal commitment encompassing the equal partnership described in the *MPA*. While inequities may exist in

sexe opposé vivant dans une union de fait d'une certaine permanence ont choisi de se soustraire à l'institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent. Faire abstraction des différences parmi les couples vivant en union libre revient à présumer une intention et une perception communes qui n'existent tout simplement pas, et, en réalité, à neutraliser la liberté de chacun de choisir un type de famille non traditionnelle et de voir ce choix respecté par l'État.

L'examen du contexte de l'allégation de discrimination nous oblige en outre à examiner le lien entre les motifs invoqués et les caractéristiques ou la situation de la demanderesse. Selon la *MPA*, les personnes mariées sont réputées avoir convenu d'une association économique, dans laquelle leurs contributions pécuniaires et non pécuniaires sont présumées de valeur égale, et, de ce fait, avoir droit notamment au partage égal d'une masse de biens à la rupture du mariage. La *MPA* accorde d'autres bénéfices et impose d'autres obligations aux conjoints. La décision de se marier, qui requiert le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA*. En revanche, les conjoints non mariés conservent leurs droits de propriété respectifs pendant la durée de leur union et à la fin de celle-ci. Ces couples, s'ils le désirent, peuvent avoir accès à tous les avantages que la *MPA* accorde aux couples mariés. Ils sont libres de se marier, de conclure un contrat familial, d'enregistrer leur union et de détenir des biens en copropriété. Il n'y a donc pas de négation discriminatoire d'un bénéfice, car les couples qui ne se marient pas peuvent en toute liberté prendre des mesures à l'égard de leurs biens personnels de façon à créer une association à parts égales entre eux.

La décision de faire vie commune ne suffit pas à démontrer l'intention de contribuer à l'actif et au passif l'un de l'autre et de le partager. Si de nombreux conjoints vivant en union libre ont convenu entre eux de former une association économique pour la durée de leur union, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces mêmes personnes seraient d'accord pour restreindre leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l'union ou pour partager l'actif et le passif de l'autre à la rupture de l'union. Les personnes qui se marient acceptent librement des droits et obligations réciproques. La décision de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient.

Même si la liberté de se marier est parfois illusoire, il ne faut pas pour autant écarter la liberté de choix de l'individu et lui imposer un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque, notamment à former l'association à parts égales décrite dans la *MPA*. Même s'il peut exister des iniquités chez certains couples

certain unmarried cohabiting relationships which may result in unfairness on relationship breakdown, there is no constitutional requirement that the state extend the protections of the *MPA* to those persons. Alternative choices and remedies are available to persons unwilling or unable to marry.

In sum, the application of the *MPA* to married persons only is not discriminatory in this case as the distinction reflects and corresponds to the differences between those relationships and as it respects the fundamental personal autonomy and dignity of the individual. In this context, the dignity of common law spouses cannot be said to be affected adversely. There is no deprivation of a benefit based on stereotype or presumed characteristics perpetuating the idea that unmarried couples are less worthy of respect or valued as members of Canadian society. All cohabitants are deemed to have the liberty to make fundamental choices in their lives. The object of s. 15(1) is respected. Moreover, the discriminatory aspect of the legislative distinction must be determined in light of *Charter* values. One of these essential values is liberty, basically defined as the absence of coercion and the ability to make fundamental choices with regard to one's life. Limitations imposed by this Court that serve to restrict this freedom of choice among persons in conjugal relationships would be contrary to the liberty interest.

Per Gonthier J.: There is agreement with the majority reasons. Legislative provisions that attach burdens and advantages to marriage are not discriminatory in and of themselves. Legislatures are entitled to define and promote fundamental institutions such as marriage, which is founded on the consent of the parties and is contractual in nature. It is therefore fitting that certain attributes, rights and obligations which serve to give marriage its unique character are not conferred on unmarried couples.

The *Charter* does not require that the legislature treat married and unmarried couples identically. The right to equality is a comparative right requiring reference to an appropriate comparator group. The purpose of such a comparison is to determine whether the person invoking s. 15(1) of the *Charter* is subject to differential treatment sufficient to constitute a violation of the equality right. The situation of couples who have chosen life commitment through marriage is not comparable to that of unmarried couples when one considers that with married couples, there is a permanent and reciprocal life commitment, to which the legislature has attached, among other things, a presumption of equal division of matrimonial assets. Unmarried couples do not make that same commitment, and rights and duties akin to marriage should

non mariés pouvant donner lieu à une injustice entre les parties à la rupture de leur union, aucune règle constitutionnelle n'oblige l'État à étendre la portée de la *MPA* pour les protéger. Les personnes qui ne veulent pas ou ne peuvent pas se marier ont d'autres options et recours.

En somme, l'application de la *MPA* aux personnes mariées seulement n'est pas discriminatoire en l'espèce car cette distinction reflète les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne. Dans ce contexte, on ne peut soutenir qu'il y a atteinte à la dignité des conjoints de fait. Il n'y a pas négation d'un bénéfice en raison d'un stéréotype ou de caractéristiques présumées perpétuant l'idée que les couples non mariés sont moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Tous les couples sont réputés libres de faire des choix fondamentaux dans leur vie. L'objectif du par. 15(1) est respecté. De plus, le caractère discriminatoire de la distinction créée par la loi doit s'apprécier en regard des valeurs de la *Charte*. L'une de ces valeurs fondamentales est la liberté, définie essentiellement comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie. L'imposition par la Cour de restrictions limitant cette liberté de choix chez les personnes vivant en union conjugale irait à l'encontre de notre conception de la liberté.

Le juge Gonthier : Les motifs de la majorité sont adoptés. Les textes législatifs qui rattachent des obligations et des avantages au mariage ne sont pas discriminatoires en soi. Le législateur a le droit de définir et de favoriser certaines institutions fondamentales comme le mariage, qui repose sur le consentement des parties et qui est de nature contractuelle. Il est donc normal que certains attributs, droits et obligations qui donnent au mariage son caractère spécifique, ne soient pas conférés aux couples non mariés.

La *Charte* n'exige pas que le législateur traite les couples mariés et non mariés de la même manière. Le droit à l'égalité est un droit comparatif exigeant de se reporter à un groupe de comparaison approprié. Le but de la comparaison est de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) de la *Charte* est soumise à une différence de traitement suffisante pour constituer une atteinte au droit à l'égalité. La situation des couples qui ont choisi de s'engager pour la vie dans le mariage n'est pas comparable à celle des couples non mariés lorsque l'on considère que, dans le cas des couples mariés, il existe un engagement permanent et réciproque à l'égard duquel le législateur a établi, entre autres choses, une présomption de partage égal des biens matrimoniaux. Les couples non mariés ne prennent pas le même engagement, et il ne leur est donc

not as a result follow. The fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect. The fact that some unmarried couples have relationships similar to those of married couples does not undermine the central distinguishing feature of the institution of marriage: permanent contractual commitment. When couples marry, they commit to respect the consequences and obligations flowing from their choice. It is this choice that legitimates the system of benefits and obligations attached to marriage generally, and, in particular, those relating to matrimonial assets. To extend the presumption of equal division of matrimonial assets to common law couples would be to intrude into the most personal and intimate of life choices by imposing a system of obligations on people who never consented to such a system. To presume that common law couples want to be bound by the same obligations as married couples is contrary to their choice to live in a common law relationship without the obligations of marriage.

Although there has been growing recognition that common law spouses should be subject to the same spousal support regime as married spouses, this recognition does not extend to a division of matrimonial property, as different principles underlie the two regimes. The objective of matrimonial property division is to divide assets according to a property regime chosen by the parties, either directly by contract or indirectly by the fact of marriage, while the main objective of support is to meet the needs of spouses and their children. The support obligation is non- contractual and responds to situations of dependency that may occur in common law relationships.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): In conducting the three-stage analysis set out in *Law* to determine whether legislation infringes s. 15(1), it must be remembered that fundamental to the equality rights guarantee is its broad remedial purpose to recognize the innate dignity of each human being in society. This fundamental purpose is violated whenever a sufficient distinction is drawn between individuals or groups on an enumerated or analogous ground in such a way as to reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being. In this case, the Court is required to identify differential treatment by observing the way the legislation treats two comparator groups: heterosexual married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants. The question is whether a person reflecting objectively on the claimant's situation would regard the exclusion of all heterosexual

pas conféré des droits et obligations qui s'apparentent au mariage. En raison des différences fondamentales entre conjoints de fait et couples mariés, ils ne sont pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point. Le fait que des couples non mariés vivent des relations semblables à celles de couples mariés n'affecte en rien la caractéristique distinctive de l'institution du mariage, l'engagement contractuel permanent. Lorsque les époux se marient, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Ce choix rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. Présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage.

S'il est de plus en plus admis que les conjoints de fait devraient être assujettis au même régime d'obligations alimentaires que les couples mariés, cette reconnaissance ne s'étend pas au partage des biens matrimoniaux, car des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes. Le partage des biens matrimoniaux vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que la pension alimentaire vise à répondre aux besoins des conjoints et de leurs enfants. L'obligation alimentaire n'est pas de nature contractuelle et répond aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : Dans le cadre de l'analyse en trois étapes selon l'arrêt *Law*, pour déterminer s'il y a atteinte au par. 15(1), il faut rappeler que l'essence de la garantie des droits à l'égalité réside en son large objectif réparateur qu'est la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque individu dans la société. Il y a atteinte à cet objectif fondamental chaque fois qu'on établit une distinction suffisante entre des personnes ou des groupes, pour un motif énuméré ou analogue, d'une manière qui traduit une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées, ou d'une manière qui perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain. En l'espèce, la Cour doit examiner une différence de traitement en étudiant la façon dont la loi traite deux groupes de comparaison : les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Il s'agit de savoir si une personne réfléchissant objectivement à la situation

unmarried cohabitants as being a violation of the claimant's dignity.

With respect to the first two steps of the *Law* analysis, the Crown conceded that the *MPA* draws a distinction between married and heterosexual unmarried cohabitants in the definition of spouse and that the distinction is based on the personal characteristic of marital status, which constitutes an analoguous ground of discrimination under s. 15(1). Since formal discrimination has been established, it is left to determine whether the distinction violates the purpose of s. 15(1) by diminishing the claimant's dignity by promoting the view that she is less capable or worthy of recognition or value as a human being. A number of contextual factors must inform this analysis, to ensure that the claim is situated in its full legal, social and historical context in order to serve the broad remedial purpose of s. 15(1). The four factors enumerated in *Law*, the purpose of the *MPA* and other relevant considerations lead to the conclusion that the distinction drawn in the *MPA* has the effect of diminishing the claimant's dignity.

Heterosexual unmarried cohabitants have historically faced disadvantages through a legal system that fails to acknowledge them as legitimate family forms. This pre-existing disadvantage has abated in recent years but remains exacerbated by the denial of equal treatment in the *MPA*. In failing to account for these people, the *MPA* does not serve a justifiable ameliorative purpose, nor does it provide a remedy in response to the actual needs of unmarried people. The *prima facie* right to an equal division of property and assets is of fundamental importance and the most expedient means of resolving the very difficult matters associated with the dissolution of a long-term relationship at a time where patience and emotional stability are at a premium. The failure to provide the benefits of the *MPA* to heterosexual unmarried cohabitants thus constitutes a failure to provide a fundamental benefit at a time when it is most needed. In doing so, the legislature draws a distinction based on a status wholly unrelated to the actual needs of people whose relationships of interdependence have come to an end and who, as a result, require redistribution of economic resources through property equalization and support. Heterosexual unmarried cohabitants experience similar needs as their married counterparts when the relationship comes to an end. In this sense, the relationships are functionally equivalent. Each of these relationships performs the same valuable functions and the law should apply equally to both. Since the purpose of the *MPA* is to recognize this need and to alleviate it, limiting the recognition to married cohabitants implies that the needs

de la demanderesse estimerait que l'exclusion de tous les couples hétérosexuels non mariés porte atteinte à sa dignité.

Sur les deux premières étapes de l'analyse selon *Law*, le procureur général admet que la *MPA* établit une distinction entre couples mariés et couples hétérosexuels non mariés dans la définition de conjoint et que la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle, l'état matrimonial, qui est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés au par. 15(1). Puisque l'existence d'une discrimination formelle est établie, il reste à déterminer si la distinction contrevient à l'objet du par. 15(1) en ce qu'elle porte atteinte à la dignité de la demanderesse en perpétuant l'opinion qu'elle est moins capable ou moins digne d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain. Plusieurs facteurs contextuels sont à considérer dans l'analyse pour situer la revendication dans son contexte juridique, social et historique global, de façon à réaliser le large objectif réparateur du par. 15(1). Les quatre facteurs énumérés dans *Law*, l'objet de la *MPA* et d'autres considérations pertinentes permettent de conclure que la distinction faite dans la *MPA* a porté atteinte à la dignité de la demanderesse.

Les conjoints de fait hétérosexuels ont traditionnellement été désavantagés dans un système juridique qui n'a pas su les reconnaître parmi les types de famille légitimes. Ce désavantage préexistant s'est atténué au cours des dernières années, mais demeure exacerbé par le déni du droit à l'égalité de traitement dans la *MPA*. En n'incluant pas ces personnes, la *MPA* ne sert pas un objet d'amélioration justifiable et ne met en place aucune mesure réparatrice répondant aux véritables besoins des conjoints de fait. Le droit présumé à la répartition égale des biens et des actifs revêt une importance fondamentale et constitue le moyen le plus avantageux de résoudre les questions très difficiles liées à la rupture d'une longue relation, à un moment où patience et stabilité émotive prennent une importance particulière. Le défaut de conférer les avantages de la *MPA* aux couples hétérosexuels non mariés équivaut à un défaut de conférer un avantage fondamental à un moment où le besoin se fait le plus sentir. La législature établit ainsi une distinction fondée sur un état qui n'a rien à voir avec les besoins véritables de personnes dont la relation d'interdépendance a pris fin et qui doivent, de ce fait, procéder à une nouvelle répartition des ressources économiques par l'égalisation des biens et les obligations alimentaires. À la rupture de l'union, les conjoints de fait hétérosexuels ont des besoins semblables à ceux des conjoints mariés. En ce sens, les deux types d'unions sont fonctionnellement équivalents. Les deux assument des fonctions importantes et la loi devrait s'appliquer également aux deux. Puisque la *MPA* vise à reconnaître ces besoins et y répondre, le fait qu'elle ne

of heterosexual unmarried cohabitants are not worthy of the same recognition solely because the people in need have not married. Further, the *MPA* equal presumption is based on the recognition of the contribution made by both spouses to the family. Functionally, spouses contribute to various types of families. The *MPA*'s refusal to recognize the contributions made by non-married persons to their relationships sends the message that, by virtue of their marital status alone, their relationship is less worthy of respect and value.

Although unmarried cohabitants have relationships, on average, of shorter duration, the *MPA* has built-in devices to allow the court to rebut the presumption of equal sharing where appropriate. It is no excuse to deny the benefit of equal sharing to all heterosexual unmarried cohabitants simply because some members of the group do not deserve or want this equal division. The legislature is in the best position to craft legislation that takes into account the difficulties associated with extending the benefit.

The dignity of the members of the claimant's group is further attacked by claims that the *MPA* is designed to give effect to the intentions of married and unmarried persons at the outset of their relationships. The *MPA* has nothing to do with choice or consensus, and everything to do with recognizing the needs of spouses at the end of the relationship. Initial intentions are, therefore, of little consequence. People are often unaware of their legal rights and obligations and do not organize their personal lives in a manner to achieve specific legal consequences. Matrimonial property legislation imposes a wealth distribution regime on marriage dissolution without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship, not on some pre-conceived consensus. Furthermore, many heterosexual unmarried cohabitants cohabit not out of choice but out of necessity. For many, choice is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose to avoid certain consequences creates a situation of exploitation. Even if research were to show that unmarried cohabitants choose to cohabit in order to avoid the legal consequences of marriage, those findings would be irrelevant as it is the reality of the relationship at its termination that the *MPA* addresses, not the intentions of the parties at its outset.

Courts and legislatures in this country have also recognized that denying certain benefits to a class of persons on the basis of their marital status is unjust where the need for these benefits is felt by both unmarried and married cohabitants equally. Both courts and legislatures

protège que les conjoints mariés implique que les besoins des conjoints de fait hétérosexuels ne méritent pas la même reconnaissance pour la seule raison qu'ils ne sont pas mariés. En outre, la présomption d'égalité de la *MPA* se fonde sur la reconnaissance de la contribution apportée par chacun des conjoints à la famille. D'un point de vue fonctionnel, les conjoints contribuent à des types de familles très diverses. La *MPA*, en refusant de reconnaître les contributions apportées par les conjoints de fait à leur union véhicule le message que, en raison uniquement de leur état matrimonial, leurs relations sont moins dignes d'être respectées, reconnues et valorisées.

Si les unions de faits sont en moyenne de durée plus courte, la *MPA* comporte des mécanismes qui permettent aux tribunaux de rejeter la présomption de partage égal dans les cas appropriés. On ne peut refuser de consentir l'avantage du partage égal à tous les conjoints de fait hétérosexuels pour la simple raison que certains d'entre eux ne semblent pas le mériter ou le vouloir. Le législateur est le mieux placé pour élaborer une loi qui tienne compte des difficultés liées à l'élargissement de cet avantage.

Les allégations que la *MPA* est conçue pour donner effet aux intentions des personnes mariées et non mariées au début de leur relation sont une autre atteinte à la dignité du groupe de la demanderesse. La *MPA* n'a rien à voir avec le consensus et tout à voir avec la reconnaissance des besoins des conjoints à la fin de l'union. Les intentions initiales ont donc peu d'importance. Les gens ignorent souvent leurs droits et obligations et n'organisent pas leur vie personnelle de façon à parvenir à des conséquences juridiques précises. La loi sur les biens matrimoniaux impose un régime de distribution des ressources à la dissolution du mariage qui ne tient pas compte des désirs des conjoints mariés au début de leur union et ne se fonde pas sur un consensus préconçu. De plus, de nombreux conjoints de fait hétérosexuels cohabitent non par choix, mais par nécessité. Pour beaucoup, les désirs de leur conjoint les privent de ce choix. Leur refuser une réparation parce que l'autre conjoint a choisi d'éviter certaines conséquences crée une situation d'exploitation. Même si la recherche démontrait que les conjoints de fait optent généralement pour la cohabitation afin de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage, ces conclusions seraient dénuées de pertinence puisque la *MPA* concerne les réalités à la rupture de l'union, et non pas les intentions des parties à l'origine.

Au Canada, les tribunaux et les législatures ont aussi reconnu qu'il est injuste de refuser certains avantages à une catégorie de personnes en raison de leur état matrimonial lorsque la nécessité de ces avantages se fait sentir tant chez les couples mariés que les couples non mariés.

have extended certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants. The appreciation of an injustice and the resulting actions reinforce the view that the denial of marital property benefits demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants. The steps taken constitute an acknowledgement of an historic attack upon the dignity of these individuals. Lastly, the *MPA* cannot survive a s. 15(1) scrutiny because of the availability of alternative remedies. These remedies are inadequate relative to those accorded spouses under the *MPA*. The claimant's dignity is demeaned by offering her remedies that are greatly deficient relative to the legislated property regime.

Given these conclusions, it follows that the *MPA* infringes s. 15(1). This infringement cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. There does not appear to be a pressing and substantial objective for the omission of heterosexual unmarried cohabitants from the *MPA*. Taken as a whole, the true objective of the *MPA* is the protection of married individuals from the harmful effects following the breakdown of the marriage to the exclusion of all non-married cohabitants. This is not a constitutional objective. Assuming that the objectives of the *MPA* are pressing and subtantial and justify a breach of a constitutional right, the means chosen are not proportional to the objectives considered due to the absence of any rational connection between the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the *MPA* and the purported purpose of the statute.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; **referred to:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.

By Gonthier J.

Distinguished: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial*

Les tribunaux et les législatures ont accordé certains avantages aux conjoints de fait hétérosexuels. L'appréciation de l'injustice et les mesures qui ont été prises renforcent l'idée que le refus d'accorder des avantages en matière de biens matrimoniaux touche la dignité des conjoints de fait hétérosexuels. Les mesures prises témoignent de la reconnaissance d'une atteinte historique à la dignité de ces personnes. Enfin, la *MPA* ne résiste pas à un examen fondé sur le par. 15(1) en raison de l'existence d'autres recours. Ces recours sont inadéquats par rapport à ceux que la *MPA* confère aux époux. Il est porté atteinte à la dignité de la demanderesse quand on lui offre des réparations grandement insuffisantes par rapport au régime légal.

Vu ces conclusions, la *MPA* contrevient au par. 15(1) et n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Il ne semble pas exister d'objectif urgent et réel justifiant l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels de la *MPA*. Dans l'ensemble, le véritable objectif de la *MPA* est la protection des personnes mariées contre les effets préjudiciables découlant de la rupture du mariage à l'exclusion de tous les conjoints de fait. Un tel objectif est inconstitutionnel. À supposer que les objectifs de la *MPA* soient urgents et réels et justifient une atteinte à un droit constitutionnel, les moyens choisis ne sont pas proportionnels aux objectifs vu l'absence de lien rationnel entre l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels de la *MPA* et l'objet de cette loi.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; **arrêts mentionnés :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S 980; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

Citée par le juge Gonthier

Distinction d'avec l'arrêt : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; *Layland c. Ontario (Minister of Consumer*

Relations) (1993), 14 O.R. (3d) 658; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lavoie v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Gammans v. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640; *C.L.W. v. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation, S.Q. 2002, c. 6, s. 27.

Act Respecting the Conseil de la famille et de l'enfance, R.S.Q., c. C-56.2, preamble.

Bill 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, 1st Sess., 58th Leg., Nova Scotia, 2000, cl. 3 [now S.N.S. 2000, ch. 29, s. 3].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 365.

Common-Law Partners's Property and Related Amendments Act, S.M. 2002, c. 48 [not yet proclaimed].

Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12).

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 8(2).

Divorce Act, S.C. 1967-68, c. 24.

Domestic Relations Act, R.S.A. 2000, c. D-14, s. 1 "spouse".

Family Law Act, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c) [am. 2000, c. 29, s. 1].

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, ss. 1(1) [am. 1999, c. 6, s. 25(1)], 29 [*idem*, s. 25(2)], 33(9) [am. 1997, c. 20, s. 3; am. 1999, c. 6, s. 25(6)].

Family Law Act, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1(1).

Family Law Act, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 29(1)(b).

& Commercial Relations) (1993), 14 O.R. (3d) 658; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Gammans c. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640; *C.L.W. c. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 365.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 16.

Domestic Relations Act, R.S.A. 2000, ch. D-14, art. 1 « spouse ».

Family Law Act, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 35c) [mod. 2000, ch. 29, art. 1].

Family Law Act, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 29(1)b).

Family Property Act, S.S. 1997, ch. F-6.3.

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1 [mod. 1997, ch. 20, art. 1*c*)].

Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214.

Law Reform (2000) Act, S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12).

Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales, L.S. 1997, ch. F-6,2, art. 2 [mod. 2001, ch. 51, art. 5(4)].

Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, art. 5.

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, ch. 6, art. 27.

Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations, L.C. 2000, ch. 12, art. 1.1.

Loi sur le Conseil de la famille et de l'enfance, L.R.Q., ch. C-56.2, préambule.

Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F20, ss. 1, 4(3), 14(1).
Family Maintenance Act, 1997, S.S. 1997, c. F-6.2, s. 2 [am. 2001, c. 51, s. 5(4)].
Family Property Act, S.S. 1997, c. F-6.3.
Family Property and Support Act, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 1 [am. 1998, c. 8, s. 10(1)].
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1 [am. 1997, c. 20, s. 1(*c*)].
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3) [am. 2000, c. 59, s. 1].
Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 5.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214.
Law Reform (2000) Act, S.N.S. 2000, c. 29, s. 3.
Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 2(aa) [ad. 2000, c. 29, s. 3(a)], (m) [rep. & sub. *idem*, s. 3(b)], 3, 4, 52(1).
Maintenance Enforcement Act, S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 2(e).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, preamble, ss. 2(g), 3(1), 5(1), 6(1), 11(1)(a), 12, 13.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9, preamble.
Modernization of Benefits and Obligations Act, S.C. 2000, c. 12, s. 1.1.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 16.
Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^{e} suppl.), art. 8(2).
Loi sur le divorce, S.C. 1967-68, ch. 24.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 1(1) [mod. 1999, ch. 6, art. 25(1)], 29 [*idem*, art. 25(2)], 33(9) [mod. 1997, ch. 20, art. 3; mod. 1999, ch. 6, art. 25(6)].
Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1(1).
Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 1 [mod. 1998, ch. 8, art. 10(1)].
Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes, L.M. 2002, ch. 48 [non en vigueur].
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 112(3) [mod. 2000, ch. 59, art. 1].
Loi sur l'obligation alimentaire, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 1, 4(3), 14(1).
Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2(aa) [aj. 2000, ch. 29, art. 3a)], (m) [abr. & rempl. *idem*, art. 3b)], 3, 4, 52(1).
Maintenance Enforcement Act, S.N.S. 1994-95, ch. 6, art. 2e).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, préambule, art. 2g), 3(1), 5(1), 6(1), 11(1)a), 12, 13.
Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, ch. 9, préambule.
Projet de loi 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, 1re sess., 58 lég., Nouvelle-Écosse, 2000, cl. 3 [maintenant S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3].
Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, ch. 494.

Authors Cited

Alberta. Institute of Law Research and Reform. Research Paper No. 15. *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report*. Edmonton: The Institute, 1984.
Blumberg, Grace Ganz. "The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265.
Brinton, C. *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
Canada. Law Reform Commission. Working Paper. *Studies on Family Property Law*. Ottawa: The Commission, 1975.
Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: The Commission, 1970.
Canada. Statistics Canada. *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families*. Ottawa: Statistics Canada, 1997.

Doctrine citée

Alberta. Institute of Law Research and Reform. Research Paper No. 15. *Survey of Adult Living Arrangements : A Technical Report*. Edmonton : The Institute, 1984.
Blumberg, Grace Ganz. « The Regularization of Nonmarital Cohabitation : Rights and Responsibilities in the American Welfare State » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265.
Brinton, C. *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804*. Cambridge : Harvard University Press, 1936.
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail. *Études sur le droit des biens de la famille*. Ottawa : La Commission, 1975.
Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa : La Commission, 1970.
Canada. Statistique Canada. *Âge, sexe, état matrimonial et union libre*. Rapports techniques du recensement de 1996. Ottawa : Ministre de l'Industrie, 1999.

Canada. Statistics Canada. *Age, Sex, Marital Status and Common-law Status.* 1996 Census Technical Reports. Ottawa: Minister of Industry, 1999.

Canada. Statistics Canada. *Profile of Canadian families and households: Diversification continues.* Ottawa: Statistics Canada, 2002.

Canada. Statistics Canada. *Report on the Demographic Situation in Canada 1996: Current Demographic Analysis.* Report prepared by Jean Dumas and Alain Bélanger. Ottawa: Minister of Industry, 1997.

Des Rosiers, Nathalie. "Should Conjugality Matter in Law and Social Policy?" Remarks for a Keynote Address to the North American Regional Conference of the International Society of Family Law. Ottawa: Law Commission of Canada, 2001.

Eichler, Margrit. *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality.* Toronto: Oxford University Press, 1997.

Eisenberg, Melvin Aron. "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

Ellman, Ira Mark. "'Contract Thinking' Was *Marvin*'s Fatal Flaw" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365.

Holland, Winifred. "Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114.

Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 369.

Kuffner, Kara L. "Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act*" (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237.

Lempriere, T. "A New Look at Poverty" (1992), 16 *Perceptions* 18.

McLeod, James G. Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166.

McLeod, James G. Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190.

McLeod, James G. "Unequal Division of Property", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 141.

Mossman, Mary Jane. "'Running Hard to Stand Still': The Paradox of Family Law Reform" (1994), 17 *Dal. L.J.* 5.

New Brunswick. Department of Justice. Law Reform Division. Discussion Paper. *Matrimonial Property Reform for New Brunswick.* Fredericton: The Department, 1978.

New Encyclopædia Britannica, vol. 19, 15th ed. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1990.

Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, p. 2011.

Canada. Statistique Canada. *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se poursuit.* Ottawa : Statistique Canada, 2002.

Canada. Statistique Canada. *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996 : La Conjoncture démographique.* Rapport préparé par Jean Dumas et Alain Bélanger. Ottawa : Ministre de l'Industrie, 1997.

Canada. Statistique Canada. *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles.* Ottawa : Statistique Canada, 1997.

Des Rosiers, Nathalie. « Le concept de la conjugalité dans les lois et politiques sociales? » Notes pour une allocution prononcée dans le cadre de la conférence International Society of Family Law. Ottawa : Commission du droit du Canada, 2001.

Eichler, Margrit. *Family Shifts : Families, Policies, and Gender Equality.* Toronto : Oxford University Press, 1997.

Eisenberg, Melvin Aron. « The Limits of Cognition and the Limits of Contract » (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

Ellman, Ira Mark. « "Contract Thinking" Was *Marvin*'s Fatal Flaw » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365.

Holland, Winifred. « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 114.

Holland, Winifred H. « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 369.

Kuffner, Kara L. « Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act* » (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237.

Lempriere, T. « A New Look at Poverty » (1992), 16 *Perceptions* 18.

McLeod, James G. Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166.

McLeod, James G. Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190.

McLeod, James G. « Unequal Division of Property », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 141.

Mossman, Mary Jane. « "Running Hard to Stand Still" : The Paradox of Family Law Reform » (1994), 17 *Dal. L.J.* 5.

New Encyclopædia Britannica, vol. 19, 15th ed. Chicago : Encyclopædia Britannica, 1990.

Nouveau-Brunswick. Ministère de la Justice. Division de la réforme du droit. Document de travail. *Réforme du régime des biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick.* Fredericton : Ministère de la Justice, 1978.

Nova Scotia. Law Reform Advisory Commission. *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective*. Halifax: The Commission, 1975.

Nova Scotia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act*. Halifax: The Commission, 1996.

Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax: The Commission, 1997.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.

Payne, J. D. "Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate: The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961" (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Pineau, Jean. *Mariage, séparation, divorce: L'état du droit au Québec*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1976.

Smart, Carol. "Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 20.

Tasmania. Law Reform Commission. *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships*, No. 36. Hobart, Tas.: Government Printer, 1977.

Wu, Zheng. *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 568 A.P.R. 74, 5 R.F.L. (5th) 188, 186 D.L.R. (4th) 50, [2000] N.S.J. No. 117 (QL), 2000 NSCA 53, with supplementary reasons (2000), 185 N.S.R. (2d) 190, 575 A.P.R. 190, 7 R.F.L. (5th) 451, 186 D.L.R. (4th) 83, [2000] N.S.J. No. 173 (QL), 2000 NSCA 73, setting aside a decision of the Nova Scotia Supreme Court (1999), 178 N.S.R. (2d) 151, 549 A.P.R. 151, 67 C.R.R. (2d) 297, [1999] N.S.J. No. 290 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Edward A. Gores, for the appellant.

Katherine A. Briand and *Stephen M. Robertson*, for the respondent Susan Walsh.

Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, p. 2011.

Nova Scotia. Law Reform Advisory Commission. *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia : An Historic Perspective*. Halifax : The Commission, 1975.

Nova Scotia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act*. Halifax : The Commission, 1996.

Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax : The Commission, 1997.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto : The Commission, 1993.

Payne, J. D. « Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate : The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961 » (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Pineau, Jean. *Mariage, séparation, divorce : L'état du droit au Québec*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1976.

Smart, Carol. « Stories of Family Life : Cohabitation, Marriage and Social Change » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 20.

Tasmania. Law Reform Commission. *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships*, No. 36. Hobart, Tas. : Government Printer, 1977.

Wu, Zheng. *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living*. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 568 A.P.R. 74, 5 R.F.L. (5th) 188, 186 D.L.R. (4th) 50, [2000] N.S.J. No. 117 (QL), 2000 NSCA 53, avec motifs supplémentaires (2000), 185 N.S.R. (2d) 190, 575 A.P.R. 190, 7 R.F.L. (5th) 451, 186 D.L.R. (4th) 83, [2000] N.S.J. No. 173 (QL), 2000 NSCA 73, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1999), 178 N.S.R. (2d) 151, 549 A.P.R. 151, 67 C.R.R. (2d) 297, [1999] N.S.J. No. 290 (QL). Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Edward A. Gores, pour l'appelant.

Katherine A. Briand et *Stephen M. Robertson*, pour l'intimée Susan Walsh.

No one appeared for the respondent Wayne Bona.

Christopher M. Rupar, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sarah Kraicer and *Daniel Guttman*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Hugo Jean and *Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Timothy P. Leadem, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

This case involves a *Charter* challenge to the Nova Scotia *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 ("*MPA*"), and asks whether its failure to include unmarried cohabiting opposite sex couples from its ambit violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The challenge revolves around the definition of "spouse" in s. 2(g) of the *MPA*, which is limited to a man and a woman who are married to each other.

The question before this Court, then, is whether the exclusion from the *MPA* of unmarried cohabiting persons of the opposite sex is discriminatory. In my view, it is not. The distinction chosen by the legislature does not affect the dignity of unmarried persons who have formed relationships of some permanence and does not deny them access to a benefit or advantage available to married persons. It is, therefore, not discriminatory within the meaning of s. 15(1).

Personne n'a comparu pour l'intimé Wayne Bona.

Christopher M. Rupar, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et *Daniel Guttman*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Hugo Jean et *Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Timothy P. Leadem, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

1 Dans le présent pourvoi, nous sommes saisis de la validité de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« *MPA* »), au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la question de savoir si l'omission des couples non mariés de sexe opposé de son champ d'application contrevient au par. 15(1). Le débat porte sur la définition de [TRADUCTION] « conjoint », énoncée à l'al. 2g) de la *MPA*, qui n'inclut qu'un homme et une femme unis par les liens du mariage.

2 La Cour doit donc déterminer si le fait d'exclure du champ d'application de la *MPA* les personnes de sexe opposé qui cohabitent sans être mariées est discriminatoire. Je suis d'avis qu'il ne l'est pas. La distinction établie par le législateur ne porte pas atteinte à la dignité des conjoints non mariés vivant dans une union d'une certaine permanence et ne les prive pas d'un bénéfice ou d'un avantage accordé aux personnes mariées. Cette distinction n'est donc pas discriminatoire au sens du par. 15(1).

II. Factual Background

3 Susan Walsh and Wayne Bona lived together in a cohabiting relationship for a period of 10 years, ending in 1995. Two children were born out of this relationship, in 1988 and 1990 respectively. Walsh and Bona owned a home as joint tenants, in which Bona continued to reside after the separation, assuming the debts and expenses associated with the property. In 1983, Bona received as a gift from his father a cottage property which was sold after separation for $20,000. Approximately $10,000 was used to pay off the respondents' debts. Bona also retained 13 acres of surrounding woodland in his own name, valued at $6,500. The total value of assets retained by Bona at the date of separation including the house, cottage, lot, vehicle, pensions and RRSPs, was $116,000, less "matrimonial" debts of $50,000, for a net value of $66,000.

4 The respondent Walsh claimed support for herself and the two children. She further sought a declaration that the Nova Scotia *MPA* was unconstitutional in failing to furnish her with the presumption, applicable to married spouses, of an equal division of matrimonial property. Her claim for a declaration was rejected by the chambers judge, whose decision was reversed on appeal.

5 My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, chooses not to make reference to the *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29 ("*LRA*"), in the course of her analysis. I mention it as a new contextual consideration but, as will become clear below, my conclusion on the constitutionality of the *MPA* does not depend on the existence of the *LRA*.

6 In response to the Court of Appeal judgment, the Nova Scotia legislature introduced legislation, Bill 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province* (now the *LRA*), on November 6, 2000, that effectively amends the definition of "spouse" to "common-law partner". Heterosexual and same sex partners are both included in the definition of

II. Les faits

Susan Walsh et Wayne Bona ont vécu en union libre pendant une période de 10 ans qui s'est terminée en 1995. Deux enfants sont issus de cette union, en 1988 et 1990. Madame Walsh et M. Bona étaient copropriétaires d'une maison que M. Bona a continué d'habiter après la séparation, en prenant à sa charge les dettes et les dépenses s'y rattachant. En 1983, M. Bona a reçu en cadeau de son père un chalet qu'il a vendu 20 000 $ après la séparation. De ce montant, une somme d'environ 10 000 $ a servi à éponger les dettes des intimés. Monsieur Bona a également conservé à son propre nom un terrain boisé environnant de 13 acres, évalué à 6 500 $. La valeur totale des biens conservés par M. Bona à la date de la séparation, notamment la maison, le chalet, le terrain boisé, l'automobile, les pensions et les REÉR, s'élevait à 116 000 $, moins 50 000 $ de dettes « matrimoniales », soit une valeur nette de 66 000 $.

L'intimée Walsh a réclamé une pension alimentaire pour elle-même et pour les deux enfants. Elle a par ailleurs demandé un jugement déclarant la *MPA* de la Nouvelle-Écosse inconstitutionnelle parce qu'elle ne lui permet pas de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable aux conjoints mariés. Le juge en chambre a rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'intimée, mais sa décision a été infirmée en appel.

Ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, a choisi de ne pas se référer à la *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29 (« *LRA* »), dans son analyse. Pour ma part, je la mentionnerai comme nouvel élément du contexte, mais ma conclusion sur la constitutionnalité de la *MPA* ne repose nullement sur l'existence de la *LRA*, comme en témoignent clairement les motifs qui suivent.

Le 6 novembre 2000, en réponse à l'arrêt de la Cour d'appel, la législature de la Nouvelle-Écosse a déposé le projet de loi n^{o} 75, intitulé *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province* (maintenant la *LRA*), qui a pour effet de modifier la définition de [TRADUCTION] « conjoint » pour ajouter la notion de [TRADUCTION] « partenaire ». Cette

"common-law partner", and these may be either registered under the *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, or unregistered. Only registered partnerships are eligible for the benefits of the *MPA* and other legislation: *LRA*.

Walsh's counsel advised the Court that subsequent to leave to appeal having been granted ([2001] 1 S.C.R. vi), Walsh and Bona have settled the litigation between them respecting the division of property.

III. Relevant Statutory Provisions

Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275

2 In this Act,

. . .

(g) "spouse" means either of a man and woman who

(i) are married to each other,

(ii) are married to each other by a marriage that is voidable and has not been annulled by a declaration of nullity, or

(iii) have gone through a form of marriage with each other, in good faith, that is void and are cohabiting or have cohabited within the preceding year,

and for the purposes of an application under this Act includes a widow or widower.

12 (1) Where

(a) a petition for divorce is filed;

(b) an application is filed for a declaration of nullity;

(c) the spouses have been living separate and apart and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation; or

dernière définition inclut à la fois les partenaires hétérosexuels et les partenaires de même sexe, dont l'union peut être enregistrée ou non sous le régime la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494. Seules les unions enregistrées donnent accès aux avantages que confèrent la *MPA* et d'autres dispositions législatives : *LRA*.

7 L'avocate de M^me^ Walsh a informé la Cour que M^me^ Walsh et M. Bona ont réglé à l'amiable la question du partage des biens après le prononcé de l'ordonnance accordant l'autorisation d'appel ([2001] 1 R.C.S. vi).

III. Dispositions législatives pertinentes

8 *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275

[TRADUCTION]

2 Pour l'application de la présente Loi,

. . .

g) « conjoint » S'entend d'un homme ou d'une femme

(i) soit unis par les liens du mariage,

(ii) soit unis par les liens du mariage et dont le mariage est nul de nullité relative, mais n'a pas fait l'objet d'une déclaration de nullité,

(iii) soit ayant contracté de bonne foi un mariage nul et cohabitant ou ayant cohabité au cours de l'année précédente,

et s'entend en outre d'un veuf ou d'une veuve aux fins de la présentation d'une demande sous le régime de la présente Loi.

12 (1) Le tribunal peut, à la demande d'un conjoint, ordonner le partage en parts égales des biens matrimoniaux peu importe qui en est le propriétaire, lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

a) une requête en divorce est déposée;

b) une demande est présentée en vue d'obtenir une déclaration de nullité;

c) les conjoints sont séparés et il n'existe aucune possibilité raisonnable de reprise de la cohabitation;

(d) one of the spouses has died,

either spouse is entitled to apply to the court to have the matrimonial assets divided in equal shares, notwithstanding the ownership of these assets, and the court may order such a division.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

IV. Judicial History

A. *Supreme Court of Nova Scotia* (1999), 178 N.S.R. (2d) 151

9 The matter came before Haliburton J. as a *Charter* application, as the respondent Walsh alleged that she had suffered discrimination under the *MPA* because the presumption of equal division of matrimonial property applicable to married spouses did not apply to her as a common law spouse. Instead, the onus was on her, by way of constructive trust, to prove the extent, if any, to which she might have been entitled to a share in property held in Bona's name alone.

10 Haliburton J. first considered whether there was discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, noting that the section prohibits discrimination on the basis of certain personal characteristics. Applying the analysis sanctioned in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, then in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, he first found that there was no question that married and unmarried spouses are treated differently with respect to the onus of proof required to establish an interest in property under the *MPA*. Next, Haliburton J. considered whether that difference resulted from discrimination as defined by s. 15(1) on the basis of an enumerated or analogous ground. In *Miron*, *supra*, this Court held that an unmarried spouse was entitled to insurance benefits because she had lived in a relationship analogous to marriage.

d) l'un des conjoints est décédé.

Charte canadienne des droits et libertés

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1999), 178 N.S.R. (2d) 151

Le juge Haliburton a été saisi de l'affaire par voie de requête fondée sur la *Charte*, l'intimée Walsh alléguant que la *MPA* est discriminatoire à son endroit parce qu'elle ne lui permet pas, en sa qualité de conjointe de fait, de se prévaloir de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable uniquement aux conjoints mariés. Madame Walsh avait donc le fardeau d'établir, en recourant à la fiducie par interprétation, la part des biens détenus au nom de M. Bona à laquelle elle aurait pu avoir droit, le cas échéant.

Le juge Haliburton s'est d'abord demandé s'il y a discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*, notant que cette disposition interdit la discrimination fondée sur certaines caractéristiques personnelles. Appliquant la méthode d'analyse consacrée par l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, puis par l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, le juge a d'abord conclu qu'il ne fait aucun doute que la *MPA* traite les conjoints différemment, selon qu'ils sont mariés ou non, quant au fardeau de preuve dont ils doivent s'acquitter pour établir leur droit sur certains biens. Ensuite, le juge Haliburton s'est demandé si cette différence résulte d'une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue au sens du par. 15(1). Dans l'arrêt *Miron*, précité, la Cour a reconnu à une conjointe non mariée le droit de toucher des prestations d'assurance parce que son union était analogue au mariage.

Haliburton J. noted the strong dissent in *Miron*, *supra*, and distinguished it on the basis that it involved all-encompassing legislation, to which the distinction complained of was incidental; whereas in the present case, the distinction is a specific incident governing the rights of married persons to a division of matrimonial property. "Secondly, the contest is between the parties themselves and reflects directly their decision, whether individually or jointly, to marry or not to marry" (para. 17). Haliburton J. observed from s. 12 of the *MPA* that the legislators had only contemplated that it would apply to couples who were legally married. In his view, extending the provisions of the *MPA* to unmarried couples would create uncertainty, injustice, and impediments to property transactions and the rights of third parties because married couples relinquish the right to deal with their property as sole owners upon marriage.

Le juge Haliburton a pris note de la forte dissidence exprimée dans *Miron*, précité, et a distingué cet arrêt au motif que, dans cette affaire, la distinction en cause était accessoire à une loi très générale alors qu'elle est, en l'espèce, un élément spécifique régissant le droit des personnes mariées au partage des biens matrimoniaux. [TRADUCTION] « Deuxièmement, le litige oppose les parties mêmes et reflète directement leur décision, individuelle ou conjointe, de se marier ou de ne pas se marier » (par. 17). Selon le juge Haliburton, il ressort de l'art. 12 de la *MPA* que le législateur n'avait envisagé son application qu'aux couples mariés légalement. À son avis, l'application de la *MPA* aux couples non mariés créerait de l'incertitude, une injustice et un obstacle aux transferts de propriétés; elle affecterait aussi les droits des tiers. Ceci s'explique en raison du fait que les conjoints mariés renoncent, en se mariant, au droit de disposer de leurs biens à titre de propriétaires exclusifs. 11

Haliburton J. considered the concept of marriage in our society, approving of the explanation made in the *Miron* dissent, where it was described as an institution and the basic framework upon which our society rests. He concluded that the distinction drawn between married and unmarried spouses was one that certainly created a disadvantage for those unmarried, and then assessed whether the distinction was based on irrelevant personal characteristics such as those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

Le juge Haliburton a examiné le concept du mariage dans notre société et souscrit à l'explication des juges dissidents dans *Miron*, qui l'ont décrit comme une institution et comme la structure de base de notre société. Il a conclu que la distinction établie entre les conjoints mariés et non mariés était assurément de nature à désavantager les conjoints non mariés, puis il s'est demandé si cette distinction se fondait sur des caractéristiques personnelles non pertinentes, comme celles énumérées au par. 15(1) de la *Charte*. 12

Relying upon the *Miron* dissent concerning marriage, he also acknowledged the majority comment that the failure of the parties to marry may not be a matter of free and independent choice and stated at para. 21:

S'appuyant sur la dissidence concernant le mariage exprimée dans l'arrêt *Miron*, le juge a également pris acte du commentaire de la majorité selon lequel la décision des parties de ne pas se marier n'est pas nécessairement une question de choix libre et indépendant. Il s'est exprimé en ces termes, au par. 21 : 13

> I would argue, nonetheless, that as a general rule, it is a matter of freedom of choice. There are certain attributes of "marriage" which have existed not only in our society but in all societies since time out of memory. Such attributes encompass the public acknowledgment in the presence of community and family by two persons who enter into a binding, lifetime relationship.

> [TRADUCTION] J'avancerais néanmoins qu'il s'agit en règle générale d'une question de liberté de choix. Certains attributs du « mariage » existent depuis des temps immémoriaux non seulement dans notre société, mais dans toutes les sociétés. Parmi ceux-ci, soulignons la célébration publique, par deux personnes, en présence de la communauté et de la famille, de l'union dans laquelle elles s'engagent pour la vie.

14 After reviewing the history of matrimonial property legislation, he observed that married women have been deprived of their independence and interest in their property in the past but that men and women fare equally well under the *MPA*. "To impose the regime created by this statute upon a person *who chooses not to marry* and to do so retroactively would be as likely to create injustice as to resolve it" (para. 22 (emphasis in original)). He referred to my reasoning in *M. v. H.*, *supra*, where I observed at para. 289: "The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples." He stated at para. 23:

> From that brief quotation, I would argue that the property regime imposed by the *Matrimonial Property Act* is one which is or ought to be consciously acquired by the consent of the parties contracting to marry and knowing the statutory and other legal implications of doing so.

15 Although he concluded that Walsh had not suffered discrimination on the basis of s. 15(1), Haliburton J. considered, at para. 26, whether the impugned section would be saved by s. 1 of the *Charter*, employing the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), as recently reiterated in *M. v. H.*, *supra*:

> The principle is that the objective of the legislation must be of sufficient importance to override the constitutional right which is impaired by the statute. The objective must be "pressing and substantial" and must be evaluated or weighed in terms of the importance of these two competing values. Specifically referring to *M. v. H.*, the court has said where the violation results from "underinclusion", the object of the legislation as a whole must be considered. In the case of the *Matrimonial Property Act*, the announced purpose is to regulate property rights between the two parties to marriage. As will be clear from earlier comments, "marriage", as contemplated, refers to the status gained by persons who go through a legally authorized and recognized form of matrimony. The statute is intended to regulate the property rights of the parties during marriage as well as on marriage breakdown. It orders the presumptions which will apply in

Après avoir passé en revue l'historique de la loi sur les biens matrimoniaux, le juge a observé que les femmes mariées avaient été privées autrefois de leur indépendance et de leurs droits sur leurs biens, mais que le régime de la *MPA* place maintenant les hommes et les femmes sur un pied d'égalité. [TRADUCTION] « Imposer le régime créé par la loi à une personne *qui choisit de ne pas se marier* et ce, rétroactivement, pourrait s'avérer autant une source d'injustice qu'un moyen d'y remédier » (par. 22 (en italique dans l'original)). Le juge a mentionné le raisonnement que j'ai adopté dans *M. c. H.*, précité, où je faisais observer, au par. 289 : « La comparaison se fait le mieux, non avec les couples mariés qui ont acquis l'état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. » Le juge Haliburton a déclaré, au par. 23 :

> [TRADUCTION] Je m'appuie sur cette brève citation pour affirmer que le régime des biens qu'instaure la *Matrimonial Property Act* est un régime auquel les parties doivent ou devraient adhérer sciemment par leur consentement lorsqu'elles contractent mariage et en toute connaissance des conséquences légales et des autres conséquences juridiques qui en découlent.

Malgré sa conclusion que M^me^ Walsh n'avait pas subi de discrimination au sens du par. 15(1), le juge Haliburton s'est demandé, au par. 26, si la disposition contestée serait validée par l'article premier de la *Charte* en recourant au critère de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que la Cour a récemment réitéré dans *M. c. H.*, précité :

> [TRADUCTION] Selon le principe applicable, l'objectif de la loi doit être suffisamment important pour l'emporter sur le droit constitutionnel auquel la loi porte atteinte. Cet objectif doit être « urgent et réel » et s'apprécier en soupesant l'importance de ces deux valeurs opposées. Citant expressément l'arrêt *M. c. H.*, la cour a déclaré que lorsque la violation résulte de la « portée trop limitative » de la loi, il faut considérer l'objet de la loi dans son ensemble. Dans le cas de la *Matrimonial Property Act*, l'intention déclarée du législateur est de réglementer le droit de propriété des deux parties à un mariage. Comme l'indique clairement les remarques déjà formulées, le « mariage », au sens où l'entendait le législateur, renvoie au statut auquel accèdent les personnes qui se soumettent à un rituel du mariage autorisé et reconnu en droit. La loi vise à réglementer le droit de propriété des parties à la fois pendant le mariage

the event of a division of marital assets and sets out guidelines for determining which assets of one of the parties is a marital asset and which are not. The ultimate goal of the legislation is *to provide a framework for property ownership by the parties to a marriage which will afford certainty and predictability to both the marriage partners and third parties dealing with them.* It is this aspect of *certainty and predictability* which is the objective which is "pressing and substantial". The regime permits parties to engage in commerce utilizing their own separate resources without impairment. It permits third parties to understand they are dealing with a marriage partner with confidence. . . . I would observe that unlike the circumstances reviewed in *M. v. H.* where the Ontario *Family Law Act* was considered, the *Matrimonial Property Act* is not concerned with the support of spouses on marriage breakdown, nor with the maintenance of children. Its concern is exclusively with the division of wealth which one of the parties has acquired, either before or during the marriage and sets out guidelines to assist in determining whether that wealth continues to be separate property or whether it becomes common property of the parties. [Emphasis in original.]

et au moment de sa rupture. On y retrouve les présomptions qui s'appliqueront advenant le partage des biens matrimoniaux, de même que les lignes directrices permettant de déterminer, parmi les biens des parties, ceux qui sont des biens matrimoniaux et ceux qui ne le sont pas. L'objectif ultime de la loi est *d'instaurer un cadre régissant le droit de propriété des parties à un mariage qui soit un gage de certitude et de prévisibilité, tant pour les conjoints mariés que pour les tiers avec lesquels ils font affaire.* L'objectif « urgent et réel » consiste précisément en *cette certitude et cette prévisibilité*. Le régime permet aux parties de conclure des opérations commerciales en utilisant librement leurs ressources propres. Les tiers comprennent ainsi qu'ils peuvent faire affaire avec un conjoint marié en toute confiance. [. . .] J'aimerais souligner que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *M. c. H.*, qui portait sur la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, la *Matrimonial Property Act* ne régit pas les aliments en faveur du conjoint advenant l'échec du mariage, ni en faveur des enfants. Elle porte exclusivement sur le partage des biens dont l'une des parties a fait l'acquisition, avant ou pendant le mariage, et énonce les lignes directrices servant à déterminer si le bien est toujours un bien propre ou s'il devient la propriété commune des parties. [En italique dans l'original.]

Haliburton J. noted that certain other legislation recognized rights of unmarried couples, and that they were free to enter into an agreement to share property or to acquire property jointly. Likewise, he reasoned, they should be free to choose not to share their separate property. In his view, the impugned law is rationally connected to the objective of providing certainty and stability to property issues between married spouses.

16 Le juge Haliburton a noté que d'autres lois reconnaissaient les droits des couples non mariés et que ceux-ci étaient libres de conclure une entente relative au partage de leurs biens ou d'acquérir des biens en copropriété. Suivant son raisonnement, ces couples devraient aussi demeurer libres de choisir de ne pas partager leurs biens propres. À son avis, il existe un lien rationnel entre la loi contestée et l'objectif de certitude et de stabilité en ce qui a trait aux biens des conjoints mariés.

He next considered whether the rights of the respondent Walsh were impaired no more than necessary in order to accomplish the statutory objective. He noted that the stated intentions of the legislation are to strengthen the role of family in society and to provide for an orderly settlement upon marriage termination, recognizing household management and financial support as joint responsibilities. He observed that no other legislatures accord property rights to unmarried cohabitants and that many uncertainties exist with respect

17 Le juge Haliburton a ensuite vérifié si l'atteinte aux droits de l'intimée Walsh dépassait ce qui était nécessaire pour la réalisation de l'objectif de la loi. Il a noté que l'intention déclarée du législateur était de renforcer le rôle de la famille au sein de la société et d'assurer un règlement ordonné des affaires des conjoints à la fin du mariage, en reconnaissant que les conjoints sont solidairement responsables de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières. Il a relevé le fait qu'aucune autre législature ne confère un droit de

to common law relationships. He noted that the result sought by the respondent was a shift of the burden of proof of property entitlement from one party to the other, so that there would be a presumption of equal sharing. He held at para. 31:

> The deleterious effects of requiring a person in the position of the present applicant to establish her entitlement to share in the property held by the respondent is outweighed by the values of the scheme which, as I have said, provide certainty and predictability for persons who are legally married.

18 Haliburton J. concluded that marital status was not an analogous or protected ground under s. 15(1) of the *Charter*; that the exclusion of common law spouses from the definition of "spouse" in s. 2(g) of the *MPA* did not constitute discrimination; and that if it were, it was demonstrably justified pursuant to s. 1.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53

19 On appeal, the Crown conceded that since the *MPA* applies only to married spouses, there was differential treatment pursuant to s. 15(1) of the *Charter*, and that marital status is an analogous ground of discrimination. Its principal submission was that the differential treatment is not discriminatory, and if it is, then it is saved by s. 1 of the *Charter*.

20 Flinn J.A., for the court, referred to *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, where Iacobucci J. summarized the approach to s. 15(1) analysis. Flinn J.A. then reviewed the Law Reform Commission's report on the Nova Scotia matrimonial property regime, which permits each spouse to retain property in his or her name and to dispose of it without the consent of the other, with the exception of the matrimonial home. A right to equal division of property only arises on marriage breakdown: see Law Reform

propriété aux couples non mariés et que de nombreuses incertitudes subsistent en ce qui concerne les unions de fait. Il a indiqué que l'intimée réclamait le renversement du fardeau de la preuve concernant le droit de propriété, afin de pouvoir bénéficier d'une présomption de partage égal. Voici sa conclusion (au par. 31) :

> [TRADUCTION] Les valeurs sous-tendant le régime qui, comme je l'ai expliqué, est un gage de certitude et de prévisibilité pour les personnes mariées légalement, l'emportent sur les effets préjudiciables de l'obligation, pour une personne se trouvant dans la situation de la requérante, de démontrer qu'elle a droit à une part des biens détenus par l'intimé.

Le juge Haliburton a conclu que l'état matrimonial n'est pas un motif analogue ou protégé pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*, que l'exclusion des conjoints de fait de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » énoncée à l'al. 2g) de la *MPA* n'est pas discriminatoire et que, dans le cas contraire, sa justification pourrait se démontrer comme le prévoit l'article premier.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53

En appel, le procureur général a admis que la *MPA*, parce qu'elle s'applique seulement aux conjoints mariés, crée une différence de traitement pour l'application du par. 15(1) de la *Charte* et que l'état matrimonial est un motif analogue de discrimination. Suivant son principal argument, cette différence de traitement ne serait pas discriminatoire et, dans l'hypothèse où elle le serait, elle serait validée par application de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Flinn, s'exprimant au nom de la cour, a cité l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où le juge Iacobucci a résumé la démarche applicable à une analyse fondée sur le par. 15(1). Le juge Flinn a ensuite examiné le rapport de la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse sur le régime régissant les biens matrimoniaux dans cette province qui permet à chaque conjoint de conserver des biens à son nom et d'en disposer sans le consentement de l'autre, à l'exception du foyer

Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997).

conjugal. Le droit au partage égal des biens ne prend naissance qu'au moment de la rupture du mariage : voir Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997).

Flinn J.A. held that on the basis of *Miron*, *supra*, the chambers judge was in error in concluding that marital status was not an analogous ground. He then considered whether the differential treatment of the respondent Walsh by the *MPA* was discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*, referring to the majority judgment in *M. v. H.*, *supra*, which in turn relied upon *Law*, *supra*, particularly where it was stated at para. 60:

21 Invoquant l'arrêt *Miron*, précité, le juge Flinn a statué que le juge en chambre avait commis une erreur en concluant que l'état matrimonial ne constituait pas un motif analogue. Il s'est ensuite demandé si la différence de traitement touchant l'intimée créée par la *MPA* était discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*, en se reportant au jugement majoritaire rendu dans *M. c. H.*, précité, lui-même fondé sur l'arrêt *Law*, précité, et plus particulièrement sur l'extrait suivant, au par. 60 :

All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

Flinn J.A. noted that in making this determination, the court is required to take into account other contextual factors such as pre-existing disadvantage, stereotyping or prejudice experienced by the group in issue, the relationship between the grounds and the claimant's characteristics and circumstances, the ameliorative purpose or effect of the legislation which may establish that human dignity has not been violated and the nature of the interest affected. As Iacobucci J. stated in *Law*, *supra*, at para. 83: "In every case, though, a court's central concern will be whether a violation of human dignity has been established, in light of the historical, social, political, and legal context of the claim." Within these guidelines, Flinn J.A. turned to an analysis of Walsh's discrimination claim.

22 Pour répondre à cette question, le juge Flinn a souligné que la cour devait prendre en compte d'autres facteurs contextuels comme la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de préjugés subis par le groupe en cause; le lien entre, d'une part, les motifs allégués et, d'autre part, les caractéristiques et la situation propres au demandeur; l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi, qui peut établir qu'il n'y a pas eu atteinte à la dignité humaine; ainsi que la nature du droit touché. Comme l'a précisé le juge Iacobucci dans *Law*, précité, par. 83 : « Toutefois, la question première que se posera le tribunal dans chaque affaire sera de savoir si une atteinte à la dignité humaine a été démontrée, compte tenu des contextes historique, social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée. » Fort de ces lignes directrices, le juge Flinn a entrepris d'examiner l'allégation de discrimination formulée par M^me^ Walsh.

Flinn J.A. came to the conclusion that a reasonable person in circumstances similar to those of the respondent Walsh would find that the *MPA*, which imposes differential treatment, has the effect of demeaning the respondent's dignity,

23 Le juge Flinn est arrivé à la conclusion qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle de l'intimée estimerait que la *MPA*, qui impose une différence de traitement, a pour effet de porter atteinte à la dignité de

resulting in a violation of s. 15(1). In his opinion, the *MPA* perpetuated the view that unmarried spouses are less worthy of value as members of Canadian society, sufficient to establish an infringement of s. 15(1). In arriving at this decision, Flinn J.A. considered that the respondents' relationship had all the hallmarks of a marriage with the exception of a formal ceremony, that provisions in other legislation provide for support and occupation rights for unmarried spouses, and that the loss suffered by unmarried cohabitants of the presumption of equal sharing of property was by reason only of their marital status. He recognized that common law spouses have the right to deal with their property in an agreement, but stated that the problem in this is that both parties must agree to the terms. He noted that while the preamble to the statute recognizes the contribution of both spouses to the economic growth and survival of the family (*Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795), this contribution is unrecognized when made by an unmarried spouse. Flinn J.A. examined the position of common law spouses within two of the contextual factors identified by Iacobucci J. in *Law*, *supra*: pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected. He referred to the reasoning of McLachlin J. (as she then was) in *Miron*, *supra*, wherein she recounted how an unmarried spouse has historically been regarded as less worthy than a married spouse, resulting in the denial of many benefits. Flinn J.A. reasoned that the fact that some benefits have been accorded to unmarried partners is a recognition of the fact that it is often wrong to deny equal benefit of the law because a person is not married.

24 Flinn J.A. rejected Crown submissions that, because married partners only enjoy a presumption of a 50 percent entitlement, there is no denial of an equal benefit. He noted the words of Cory J. in *M. v. H.*, *supra*, at para. 66:

l'intimée, de sorte qu'il en résulte une violation du par. 15(1). À son avis, la *MPA* perpétue en fait l'opinion que les conjoints non mariés sont moins dignes d'être valorisés en tant que membres de la société canadienne, ce qui suffit à démontrer une atteinte au par. 15(1). Le juge Flinn a constaté que l'union des intimés présentait toutes les caractéristiques d'un mariage, à l'exception de la cérémonie formelle, que d'autres dispositions législatives reconnaissent aux conjoints non mariés le droit à des aliments et un droit d'occupation, et que c'est uniquement en raison de leur état matrimonial que les conjoints non mariés ne peuvent bénéficier de la présomption de partage égal des biens. Il a reconnu que les conjoints de fait peuvent conclure un accord relativement à leurs biens, mais que cette possibilité comporte une difficulté du fait que les deux parties doivent s'entendre sur les stipulations de l'accord. Selon lui, bien qu'on reconnaisse dans le préambule de la loi la contribution des deux conjoints à la croissance et à la survie économiques de la famille (*Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795), la contribution d'un conjoint non marié ne bénéficie pas de cette reconnaissance. Le juge Flinn a examiné la situation des conjoints en tenant compte de deux facteurs contextuels relevés par le juge Iacobucci dans *Law*, précité : la préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché. Il s'est fondé sur le raisonnement exprimé par madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Miron*, précité, lorsqu'elle rappelle que, traditionnellement, la société valorisait moins le conjoint non marié que le conjoint marié, de sorte que le conjoint non marié était privé de nombreux bénéfices. Selon le juge Flinn, l'attribution de certains bénéfices aux partenaires non mariés a pour effet de reconnaître qu'il est souvent incorrect de ne pas accorder le même bénéfice de la loi à une personne parce qu'elle n'est pas mariée.

Le juge Flinn a rejeté la prétention du procureur général portant que les conjoints non mariés ne sont pas privés du même bénéfice de la loi, étant donné que les conjoints mariés ne jouissent que d'une présomption selon laquelle ils auraient droit à 50 p. 100 des biens. Il a relevé les propos du juge Cory dans *M. c. H.*, précité, par. 66 :

The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit. It must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. . . .

He further rejected the Crown's position that *Miron*, *supra*, could be distinguished on the basis that, in that case, no other avenue was open to the unmarried spouses to obtain the insurance benefits whereas, in the present case, Walsh may advance a claim using constructive and resulting trust. Flinn J.A. noted the difficulties inherent in pursuing these remedies. With respect to the Crown's argument that the presumptive entitlement in the *MPA* does not deal with the merit of the relationship and therefore does not go to human dignity, Flinn J.A. concluded at para. 50 that the respondent's "dignity is violated because her relationship with [Bona] is considered less worthy of recognition than the relationship of a married couple; and, as a result, she is denied access to the benefits of the *MPA*".

Having found the *MPA* discriminatory, Flinn J.A. proceeded with the s. 1 analysis. He relied upon the framework established in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, and considered that the legislation as a whole, the impugned provisions and the omission itself must all be taken into account in determining whether the objective is pressing and substantial. He noted that the inclusion of unmarried spouses in the legislation would have no impact on either married spouses, or, financially, on the government. He rejected the statement in the preamble that one of its purposes was to "strengthen the role of the family in society" because its functional purpose is to provide for the resolution of property disputes upon termination of marriage.

Flinn J.A. noted that the Law Reform Commission of Nova Scotia reported that the *MPA*, by deeming contributions to a marriage to be equal, had recognized women's contributions to the economic growth and survival of the family and, in that regard, the

Le bénéfice mis en lumière par l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d'un avantage économique. Il doit aussi comprendre l'accès à un processus qui peut conférer un avantage économique ou autre . . .

25 Il a en outre rejeté la thèse du procureur général voulant qu'il soit possible de distinguer l'arrêt *Miron*, précité, au motif que, dans cette affaire, les conjoints non mariés ne pouvaient prendre aucune autre mesure pour obtenir les prestations d'assurance, alors qu'en l'espèce M^me^ Walsh avait la faculté d'exercer un droit de recours en invoquant la fiducie par interprétation et par déduction. Le juge Flinn a relevé les difficultés inhérentes à ce type de réparations. En ce qui a trait à l'argument du procureur général que la présomption de droit au partage établie par la *MPA* n'a rien à voir avec la valeur de l'union et ne touche donc pas la dignité humaine, le juge Flinn a conclu, au par. 50, qu'il [TRADUCTION] « y a eu atteinte à la dignité [de l'intimée] parce que son union avec [Bona] est considérée moins digne d'être reconnue que celle d'un couple marié; et qu'en conséquence, l'intimée se voit nier le droit aux bénéfices de la *MPA* ».

26 Ayant conclu au caractère discriminatoire de la *MPA*, le juge Flinn a entrepris l'analyse fondée sur l'article premier. Il s'est appuyé sur le cadre d'analyse énoncé dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, et a estimé qu'il fallait prendre en compte la loi dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même pour déterminer si l'objectif visé était urgent et réel. Il a souligné que l'inclusion des conjoints non mariés dans la loi n'aurait aucune incidence sur les conjoints mariés ni, financièrement, sur le gouvernement. Il n'a pas voulu reconnaître que la loi avait notamment pour objet de [TRADUCTION] « renforcer le rôle de la famille dans la société », comme le déclarait le préambule, parce qu'elle a pour objet fonctionnel d'établir des règles pour le règlement des litiges concernant les biens à la fin du mariage.

27 Le juge Flinn a souligné que, selon la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse, il ressort de la présomption de contribution à parts égales au mariage, établie par la *MPA*, que cette loi reconnaît la contribution des femmes à la croissance et à la

legislative purpose is pressing and substantial. In his view, however, the exclusion of unmarried spouses could not be linked to any clear objective or purpose that was pressing and substantial. He observed that the Commission recommended changes to the *MPA* to extend its benefits to any two adults who have cohabited for at least a year "in a personal relationship in which one provides personal or financial commitment and support of a domestic nature for the benefit of the other" (para. 65). He dismissed the Crown's argument that marriage and cohabitation are different and should be accorded different treatment, referring to the judgments in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, and *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. The Crown's position that marriages are more stable as a justification for the differential treatment was similarly rejected, because there was no evidence to substantiate this argument. In Flinn J.A.'s view, stability "is hardly justification for providing that only married persons should have the benefits of legislation" (para. 70). He observed the growing trend of common law families across Canada and stated (at para. 73):

> The Crown also submits that any interference with the present distinction which is made between married couples and those in a common law relationship, would interfere with the right to individual autonomy of those who do not wish to marry. In my view, providing those in a common law relationship with the ability to contract out of the *MPA* is of far less consequence than denying all others in a common law relationship the benefits of the *MPA*.

28 Flinn J.A. referred to other provincial legislation extending benefits to common law spouses, and noted that the *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, prohibits discrimination on the basis of marital status. He reasoned, at para. 76: "The Crown has not provided any satisfactory explanation as to why it is pressing and substantial to exclude persons in a common law relationship from the provisions of the *MPA* while, at the same time, including them, on the same basis as married persons, in other provincial legislation." Finally, he held that any problems with respect to conveyancing and estate matters which

survie économiques de la famille et que, à cet égard, son objectif est urgent et réel. À son avis, cependant, l'exclusion des conjoints non mariés ne saurait être liée à un quelconque objectif ou objet clair de nature urgente et réelle. Il a observé que la Commission a recommandé des modifications à la *MPA* afin d'en étendre les bénéfices à tout couple d'adultes cohabitant depuis au moins un an [TRADUCTION] « dans une union personnelle où chacun s'engage envers l'autre sur le plan personnel ou financier et participe à la vie domestique » (par. 65). À la lumière des arrêts *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, le juge a écarté l'argument du procureur général selon lequel le mariage et l'union libre sont deux réalités différentes qui doivent être traitées différemment. De même, en l'absence d'éléments de preuve l'étayant, la thèse que les mariages sont plus stables, avancée par le procureur général pour justifier la différence de traitement, a elle aussi été rejetée. De l'avis du juge Flinn, la stabilité [TRADUCTION] « ne justifie guère l'attribution des bénéfices prévus par la loi exclusivement aux personnes mariées » (par. 70). Il a souligné le nombre croissant de familles de couples en union libre au Canada et il a affirmé, au par. 73 :

> [TRADUCTION] Le procureur général prétend également que toute entorse à la distinction actuelle, établie entre les couples mariés et les conjoints de fait, dérogerait au droit à l'autonomie individuelle de ceux qui ne souhaitent pas se marier. À mon sens, il y a beaucoup moins de conséquences à donner aux conjoints de fait la possibilité de renoncer à l'application de la *MPA* qu'à nier les bénéfices de cette loi à tous les autres conjoints de fait.

Le juge Flinn a fait référence à d'autres lois provinciales qui accordent des bénéfices aux conjoints de fait et a souligné que la *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, interdit la discrimination fondée sur l'état matrimonial. Voici son raisonnement (au par. 76) : [TRADUCTION] « Le procureur général n'a pas expliqué de façon convaincante en quoi le fait d'exclure les conjoints de fait de l'application de la *MPA* constitue un objectif urgent et réel, alors que d'autres lois provinciales incluent ces personnes, au même titre que les personnes mariées. » Enfin, le juge a conclu qu'une loi soigneusement

could create uncertainty and affect the rights of third parties with respect to extending property rights to unmarried spouses could be overcome with carefully drafted legislation. In his view, this practical problem "is not so insurmountable as to justify what has been determined in these reasons to be a violation of s. 15(1) of the *Charter*" (para. 78). He concluded that the Crown had failed to demonstrate that the exclusion of common law spouses from the provisions of the *MPA* was "pressing and substantial" (para. 79).

In terms of a remedy, he declined to read into the legislation a definition of "spouse" that included unmarried cohabitants and opted to declare s. 2(g) as having no force or effect, suspending the effect of the declaration for a period of one year to "enable the Legislature to devise new criteria for eligibility under the *MPA*, including whatever transitional provisions may be deemed necessary, and to pass new legislation that meets the constitutional requirements of s. 15(1) of the *Charter*" (para. 85).

V. Issues

By order of the Chief Justice dated June 25, 2001, the following constitutional questions were stated for this Court's consideration:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

2. If the answer to question 1 is "yes", is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

VI. Analysis

In *Law*, *supra*, this Court set out the test for determining whether an impugned statute violates the

rédigée pourrait avoir raison de tout problème lié au transfert de biens et aux successions qui risquerait de créer de l'incertitude et de porter atteinte aux droits des tiers si on élargissait les droits de propriété aux conjoints non mariés. À son avis, cette difficulté d'ordre pratique [TRADUCTION] « n'est pas à ce point insurmontable qu'elle justifie une mesure que les présents motifs jugent contraire au par. 15(1) de la *Charte* » (par. 78). Il a conclu que le procureur général n'avait pas réussi à démontrer que l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application de la *MPA* constituait un objectif [TRADUCTION] « urgent et réel » (par. 79).

29 Pour ce qui est de la réparation, le juge a refusé d'interpréter la loi comme incluant implicitement une définition de « conjoint » qui englobe les conjoints non mariés; il a plutôt choisi de déclarer l'al. 2g) inopérant et de surseoir à la prise d'effet du jugement déclaratoire pendant un an afin de [TRADUCTION] « permettre à la législature d'élaborer de nouveaux critères d'admissibilité pour l'application de la *MPA*, y compris toute disposition transitoire qu'elle jugera nécessaire, et d'édicter de nouvelles dispositions qui satisfassent aux exigences constitutionnelles du par. 15(1) de la *Charte* » (par. 85).

V. Les questions en litige

30 La Cour est saisie des questions constitutionnelles suivantes formulées dans une ordonnance émanant du Juge en chef en date du 25 juin 2001 :

1. L'alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

VI. Analyse

31 Dans l'arrêt *Law*, précité, la Cour a énoncé le test applicable pour déterminer si une loi contestée

equality guarantee. Iacobucci J. formulated a three-part inquiry as follows, at para. 88, at pp. 548-49:

> Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:
>
> (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
>
> (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?
>
> and
>
> (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

32 There is little debate in this case with respect to the first two broad inquiries. Firstly, as Flinn J.A. correctly notes, the *MPA* extends only to persons who are legally married and does not extend to persons in a common law relationship. The appellant concedes that the *MPA* provides differential treatment for the purpose of s. 15(1). Secondly, although marital status is not an enumerated ground, this Court in *Miron*, *supra*, has stated clearly that marital status is an analogous ground on which a claim of discrimination can be made. Following her review of the numerous factors supporting the view that marital status is an analogous ground of discrimination, McLachlin J. found as follows, at para. 156:

> These considerations, taken together, suggest that denial of equality on the basis of marital status constitutes

contrevient à la garantie d'égalité. Le juge Iacobucci a décrit l'analyse en trois étapes que voici, au par. 88, p. 548-549 :

> Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :
>
> (A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
>
> (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?
>
> et
>
> (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

En l'espèce, les deux premières étapes de l'analyse ne posent aucun problème. Premièrement, comme le souligne à juste titre le juge Flinn, la *MPA* ne s'applique qu'aux personnes mariées légalement et n'inclut pas les conjoints de fait. L'appelant admet que la *MPA* crée une différence de traitement au sens du par. 15(1). Deuxièmement, même si l'état matrimonial ne figure pas parmi les motifs énumérés, la Cour a clairement affirmé dans *Miron*, précité, que l'état matrimonial est un motif analogue pouvant fonder une allégation de discrimination. Après avoir passé en revue les nombreux facteurs à l'appui de la thèse que l'état matrimonial est un motif de discrimination analogue, le juge McLachlin a tiré la conclusion suivante, au par. 156 :

> Prises ensemble, ces considérations donnent à entendre que la négation de l'égalité pour un motif fondé sur

discrimination within the ambit of s. 15(1) of the *Charter*. If the evil to which s. 15(1) is addressed is the violation of human dignity and freedom by imposing limitations or disadvantages on the basis of the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of individual capacity, worth or circumstance, then marital status should be considered an analogous ground. The essential elements necessary to engage the overarching purpose of s. 15(1) — violation of dignity and freedom, an historical group disadvantage, and the danger of stereotypical group-based decision-making — are present and discrimination is made out.

l'état matrimonial constitue une discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Si le tort que le par. 15(1) cherche à redresser est la violation de la dignité et de la liberté de la personne par des restrictions ou des désavantages fondés sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les capacités d'un individu ou les circonstances qui lui sont propres, alors l'état matrimonial devrait être considéré comme un motif analogue. On retrouve les éléments nécessaires à l'application de l'objectif général du par. 15(1) — la violation de la dignité et de la liberté, un désavantage historique de groupe et le risque de prise de décisions stéréotypées touchant le groupe — et la discrimination est établie.

The Crown also concedes that marital status is an analogous ground.

Le procureur général reconnaît que l'état matrimonial est un motif analogue.

It is with respect to the third broad inquiry that the appellant argues the Court of Appeal erred. In *Law*, *supra*, Iacobucci J. set out four non-exhaustive factors for consideration of whether impugned legislation violates a claimant's human dignity:

33 L'appelant prétend que la Cour d'appel a commis une erreur à la troisième étape de l'analyse. Dans *Law*, précité, le juge Iacobucci a relevé quatre facteurs non exhaustifs à prendre en compte pour déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine du demandeur :

(a) pre-existing disadvantage, stereotyping or vulnerability of the claimant;

a) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de vulnérabilité subis par le demandeur.

(b) correspondence between the claim and the actual need or circumstances of the claimant;

b) La correspondance entre l'allégation et les besoins ou la situation propres au demandeur.

(c) the ameliorative purpose or effect of the impugned law on other groups in society; and

c) L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée à l'égard d'autres groupes défavorisés dans la société.

(d) the nature and scope of the interest affected.

d) La nature et l'étendue du droit touché.

In considering the four contextual factors, the Court of Appeal held pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected to be most relevant. The appellant argues that the Court of Appeal failed to fully consider the nature of the relationships involved before determining that Walsh's dignity was infringed. It points out that the court did not make any finding with regard to whether the parties had, upon entering into or during their relationship, any intention to contribute to one another's property acquisition or whether they deliberately avoided marriage and the consequences that flow from it. That is to say, the appellant argues that there is no evidence on which to conclude that the respondent

34 La Cour d'appel a examiné ces quatre facteurs contextuels et statué que la préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché s'avéraient les facteurs les plus pertinents. L'appelant fait valoir que la Cour d'appel n'a pas examiné de façon suffisamment approfondie le type d'union en cause avant de conclure qu'il y a eu atteinte à la dignité de M^me^ Walsh. Il souligne que la cour n'a tiré aucune conclusion quant à savoir si, au début ou au cours de leur union, les parties avaient l'intention de s'aider mutuellement à acquérir des biens ou si elles ont évité délibérément le mariage et les conséquences qui en découlent. Autrement dit, l'appelant soutient qu'aucun élément de preuve ne permet de conclure

considered herself disadvantaged by the non-marriage. Moreover, the appellant argues that it would in fact be unfair to make assumptions about all relationships and to impose a matrimonial property regime on persons who have chosen not to marry. It urges this Court to consider the exclusion of unmarried persons from the *MPA* as arising out of respect for the autonomy and self-determination of those who choose not to marry.

35 I agree with the appellant that the examination of pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected is dependent on the proper characterization of the relationships involved. In my view, the most important aspect of this question is not whether the situation in which Walsh and Bona found themselves at the time of trial was similar to that of married persons, but whether persons entering into a conjugal relationship without marrying are in fact entering into a relationship on the same terms as persons who marry. On the one hand, we have persons who choose to marry and thereby indicate their intention to assume all of the legal rights and responsibilities that the *MPA* attributes to persons who have that status. On the other, we have persons who cannot be presumed to have accepted all of the obligations of marriage. This is a significant aspect of the context in which the respondent's claim of discrimination arises.

36 The respondent Walsh argues and the Court of Appeal held that the *MPA*, by excluding unmarried spouses from its purview, serves to perpetuate the view that unmarried couples are less deserving of recognition and respect in Canadian society. I cannot agree. As this Court reasoned in *Law*, *supra*, consideration of whether the differential treatment is discriminatory must always be done in a purposive and contextual manner. As Iacobucci J. noted, at para. 60:

> Although I stress that the inquiry into whether legislation demeans the claimant's dignity must be undertaken from the perspective of the claimant and from no other perspective, a court must be satisfied that the claimant's

que l'intimée se sentait défavorisée du fait de ne pas s'être mariée. L'appelant prétend en outre qu'il serait en fait injuste d'émettre des hypothèses applicables à toutes les unions et d'imposer un régime matrimonial aux personnes qui ont choisi de ne pas se marier. Il exhorte la Cour à considérer l'exclusion des personnes non mariées du champ d'application de la *MPA* comme une marque du respect du législateur envers l'autonomie et l'autodétermination des personnes qui décident de ne pas se marier.

Je conviens avec l'appelant que l'examen d'un désavantage préexistant et de la nature du droit touché est tributaire d'une juste caractérisation des unions en cause. À mon sens, l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si M^me^ Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient. D'une part, nous sommes en présence de personnes qui choisissent de se marier et manifestent ainsi leur intention d'assumer les responsabilités et d'acquérir les droits légaux que la *MPA* attribue aux personnes ayant ce statut. Nous sommes d'autre part en présence de personnes dont on ne peut présumer qu'elles ont accepté toutes les obligations découlant du mariage. Il s'agit là d'un aspect important du contexte dans lequel s'inscrit l'allégation de discrimination de l'intimée.

À l'instar de la Cour d'appel, l'intimée Walsh est d'avis qu'en excluant les conjoints non mariés de son champ d'application, la *MPA* perpétue l'opinion que ceux-ci sont moins dignes d'être reconnus et respectés au sein de la société canadienne. Je ne peux me rallier à cette opinion. Selon le raisonnement exposé par la Cour dans *Law*, précité, il faut toujours prendre en compte l'objet et le contexte pour déterminer si la différence de traitement est discriminatoire. Le juge Iacobucci a donné l'explication qui suit, au par. 60 :

> Bien que j'insiste sur la nécessité de se placer dans la perspective du demandeur, et uniquement dans cette perspective, pour déterminer si la mesure législative sape sa dignité, j'estime que le tribunal doit être convaincu que

assertion that differential treatment imposed by legislation demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

l'allégation du demandeur, quant à l'effet dégradant que la différence de traitement imposée par la mesure a sur sa dignité, est étayée par une appréciation objective de la situation. C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

Iacobucci J. noted that the evaluation of the contextual factors must be conducted from the position of the claimant. He also held that this evaluation has both an objective and subjective component. As he later phrased it in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 55:

37 Le juge Iacobucci a souligné que les facteurs contextuels devaient s'apprécier de la perspective du demandeur. Il a en outre indiqué que cette appréciation comportait à la fois un volet objectif et un volet subjectif. Voici comment il s'est exprimé plus tard dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 55 :

The question to be asked is whether, taking the perspective of a "reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim" (*Law*, *supra*, at para. 88 (p. 550)), the law has the effect of demeaning a claimant's human dignity (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, *per* L'Heureux-Dubé J. at para. 56).

La question qu'il faut se poser est de savoir si, du point de vue d'une « personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents » (*Law*, précité, au par. 88 (p. 550)), la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 56).

In the present case, then, the inquiry can be stated as whether a reasonable heterosexual unmarried cohabiting person, taking into account all of the relevant contextual factors, would find the *MPA*'s failure to include him or her in its ambit has the effect of demeaning his or her dignity.

38 En l'espèce, je dirais donc qu'il faut se demander si un conjoint hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la *MPA* porte atteinte à sa dignité en ne l'incluant pas dans son champ d'application.

As this Court has stated on numerous occasions, the equality guarantee is a comparative concept. It requires the location of an appropriate comparator group from which to assess the discrimination claim. The two comparator groups in this case are married heterosexual cohabitants, to which the *MPA* applies, and unmarried heterosexual cohabitants, to which the *MPA* does not apply. Although in some cases certain functional similarities between these two groups may be substantial, in this case it would be wrong to ignore the significant heterogeneity that exists within the claimant's comparator group. The contextual analysis of the respondent's claim reveals that reliance solely on certain "functional similarities" between the two groups does not adequately address the full range of traits, history, and

39 La Cour a répété à maintes reprises que la garantie d'égalité est un concept relatif. Il faut trouver un groupe de comparaison pertinent et apprécier l'allégation de discrimination par rapport à ce groupe. Les deux groupes de comparaison, en l'occurrence, sont les conjoints hétérosexuels mariés, auxquels la *MPA* s'applique, et les conjoints hétérosexuels non mariés, auxquels elle ne s'applique pas. Bien que, dans certains cas, ces deux groupes puissent présenter des similitudes fonctionnelles importantes, ce serait une erreur en l'espèce que de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient l'auteur de l'allégation. L'analyse contextuelle de l'allégation de l'intimée révèle qu'il est impossible, en ne nous intéressant qu'à certaines « similitudes fonctionnelles » entre

circumstances of the comparator group of which the claimant is a member.

40 It is indeed clear from the evidence that some cohabitants have specifically chosen not to marry and not to take on the obligations ascribed to persons who choose that status (see: Z. Wu, *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at pp. 105-6, 116, 120-21; and Alberta Law Research and Reform Institute, *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report* (1984), at pp. 64-72). In his study of alternative family forms, Professor Wu makes several conclusions, which include: (1) that common law relationships tend to be of much shorter duration than married relationships; (2) that cohabitation can be a "trial marriage"; (3) that cohabitation can be a deliberate substitute for legal marriage; (4) that persons who do not marry tend to have less conventional attitudes toward marriage and family and reject the institution of marriage on the basis of personal choice. These findings are indicative not only of the differences between married couples and cohabiting couples, but also of the many differences among unmarried cohabitants with regard to the manner in which people choose to structure their relationships.

41 This Court has recognized both the historical disadvantage suffered by unmarried cohabiting couples as well as the recent social acceptance of this family form. As McLachlin J. noted in *Miron*, *supra*, at para. 152:

> There is ample evidence that unmarried partners have often suffered social disadvantage and prejudice. Historically in our society, the unmarried partner has been regarded as less worthy than the married partner. The disadvantages inflicted on the unmarried partner have ranged from social ostracism through denial of status and benefits. In recent years, the disadvantage experienced by persons living in illegitimate relationships has greatly diminished. Those living together out of wedlock no longer are made to carry the scarlet letter. Nevertheless, the historical disadvantage associated with this group cannot be denied.

les deux groupes, de tenir adéquatement compte de la diversité des traits, de l'histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient l'auteur de l'allégation.

Il ressort en effet clairement des éléments de preuve que certains couples vivant en union libre ont précisément choisi de ne pas se marier et de ne pas être assujettis aux obligations qui incombent à ceux qui ont choisi le statut de personne mariée (voir : Z. Wu, *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 105, 106, 116, 120 et 121; et Law Research and Reform Institute de l'Alberta, *Survey of Adult Living Arrangements : A Technical Report* (1984), p. 64-72). Dans son étude sur les types de familles non traditionnelles, le professeur Wu tire plusieurs conclusions, notamment : (1) que la durée des unions de fait tend à être beaucoup plus courte que celle des mariages; (2) que l'union libre peut en fait constituer un « mariage à l'essai »; (3) que l'union libre peut être choisie délibérément comme substitut du mariage légal; (4) que les personnes qui ne se marient pas ont en général une attitude moins conformiste à l'égard du mariage et de la famille et rejettent l'institution du mariage au nom du libre choix. Ces conclusions témoignent non seulement des différences entre les couples mariés et les couples vivant en union libre, mais également des nombreuses différences parmi les couples non mariés quant à la forme qu'ils choisissent de donner à leur union.

La Cour a reconnu le désavantage historique subi par les couples non mariés, ainsi que l'acceptation sociale récente de ce type de famille. Voici les propos tenus par le juge McLachlin à cet égard dans *Miron*, précité, par. 152 :

> De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l'ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. Au cours des dernières années, le désavantage subi par des personnes vivant en union illégitime a grandement diminué. Nous sommes loin du temps où elles étaient obligées d'afficher sur elles la lettre A (pour adultère). Néanmoins, on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe.

Since *Miron, supra*, significant legislative change has taken place at both the federal and provincial levels. Numerous statutes that confer benefits on married persons have been amended so as to include within their ambit unmarried cohabitants. Nevertheless, social prejudices directed at unmarried partners may still linger, despite these significant reforms. In light of those social prejudices, this Court recognized in *Miron, supra*, that one's ability to access insurance benefits was not reducible to simply a matter of choice. L'Heureux-Dubé J., in her concurring judgment, reasoned as follows, at para. 102:

> To recapitulate, the decision of whether or not to marry is most definitely capable of being a very fundamental and personal choice. The importance actually ascribed to the decision to marry or, alternatively, not to marry, depends entirely on the individuals concerned. For a significant number of persons in so-called "non-traditional" relationships, however, I dare say that notions of "choice" may be illusory. It is inappropriate, in my respectful view, to condense the forces underlying the adoption of one type of family unit over another into a simple dichotomy between "choice" or "no choice". Family means different things to different people, and the failure to adopt the traditional family form of marriage may stem from a multiplicity of reasons — all of them equally valid and all of them equally worthy of concern, respect, consideration, and protection under the law. [Emphasis in original.]

Where the legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, as between themselves, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal and engages a complex interplay of social, political, religious, and financial considerations by the individual. While it remains true that unmarried spouses have suffered from historical disadvantage and stereotyping, it simultaneously cannot be ignored that many persons in circumstances similar to those of the parties, that is, opposite sex individuals in conjugal relationships of some permanence, have chosen to avoid the institution of marriage and the legal consequences that flow from it. As M. Eichler posited:

42 Depuis l'arrêt *Miron*, précité, on a apporté d'importantes modifications à la législation fédérale et provinciale. De nombreuses lois accordant des bénéfices aux personnes mariées ont été modifiées de façon à inclure dans leur champ d'application les personnes vivant en union libre. Néanmoins, les préjugés sociaux envers les partenaires non mariés peuvent encore subsister en dépit de ces importantes réformes. Compte tenu de ces préjugés sociaux, la Cour a reconnu dans *Miron*, précité, que l'accès à des prestations d'assurance ne pouvait être réduite à une simple question de choix. Dans ses motifs concordants, le juge L'Heureux-Dubé a exprimé le raisonnement suivant, au par. 102 :

> En résumé, la décision de se marier ou de ne pas se marier peut certainement être un choix très fondamental et personnel. L'importance réellement attribuée à la décision de se marier ou, subsidiairement, à celle de ne pas se marier, dépend entièrement des individus en cause. Toutefois, pour un grand nombre de personnes en union dites « non traditionnelles », j'ose affirmer que les notions de « choix » sont tout à fait illusoires. À mon humble avis, on ne devrait pas réduire les forces qui sous-tendent l'adoption d'un type d'unité familiale plutôt qu'un autre à une simple dichotomie opposant « choix » et « non-choix ». La famille a une signification différente pour diverses personnes et le fait de ne pas opter pour le mariage traditionnel peut découler d'une multitude de raisons — toutes aussi valables et toutes aussi dignes d'intérêt, de respect, de considération et de protection en vertu de la loi. [Souligné dans l'original.]

43 Lorsque la loi modifie radicalement les obligations juridiques des partenaires l'un envers l'autre, la liberté de choix doit être considérée primordiale. La décision de se marier ou de ne pas se marier est de nature très personnelle et fait interagir, chez chaque personne, un ensemble complexe de considérations sociales, politiques, religieuses et financières. S'il est vrai que les conjoints non mariés ont été désavantagés historiquement et lésés par l'application de stéréotypes, on ne peut nier pour autant que de nombreuses personnes se trouvant dans une situation semblable à celle des parties, c'est-à-dire des personnes de sexe opposé vivant dans une union conjugale d'une certaine permanence, ont choisi de se soustraire à l'institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent. M. Eichler a affirmé :

Treating all common-law relationships like legal marriages in terms of support obligations and property division ignores the very different circumstances under which people may enter a common-law union. If they choose to marry, they make a positive choice to live under one type of regime. If they have chosen not to marry, is it the state's task to impose a marriagelike regime on them retroactively?

(M. Eichler, *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality* (1997), at p. 96)

To ignore these differences among cohabiting couples presumes a commonality of intention and understanding that simply does not exist. This effectively nullifies the individual's freedom to choose alternative family forms and to have that choice respected and legitimated by the state.

44 Examination of the context in which the discrimination claim arises also involves a consideration of the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances. As Iacobucci J. described it in *Law*, at para. 70:

It is thus necessary to analyze in a purposive manner the ground upon which the s. 15(1) claim is based when determining whether discrimination has been established. As a general matter . . . legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity. . . . The fact that the impugned legislation may achieve a valid social purpose for one group of individuals cannot function to deny an equality claim where the effects of the legislation upon another person or group conflict with the purpose of the s. 15(1) guarantee. In line with the reasons of McIntyre J. and Sopinka J., I mean simply to state that it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant's actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant's needs, capacities, and circumstances.

[TRADUCTION] En assimilant toutes les unions de fait à des mariages légaux en ce qui a trait aux obligations alimentaires et au partage des biens, on fait abstraction des circonstances très différentes dans lesquelles les personnes peuvent décider de vivre en union de fait. Si elles décident de se marier, elles exercent concrètement le choix de s'assujettir à un type de régime. Si elles choisissent de ne pas se marier, appartient-il à l'État de leur imposer rétroactivement un régime qui ressemble au mariage?

(M. Eichler, *Family Shifts : Families, Policies and Gender Equality* (1997), p. 96)

Faire abstraction de ces différences parmi les couples vivant en union libre tient pour acquises une intention et une perception communes qui n'existent tout simplement pas. Pareille attitude neutralise, en fait, la liberté de chacun de choisir un type de famille non traditionnelle et de voir ce choix respecté et légitimé par l'État.

L'examen du contexte dans lequel s'inscrit l'allégation de discrimination nous oblige en outre à examiner le lien entre les motifs invoqués et les caractéristiques ou la situation du demandeur. Le juge Iacobucci a décrit ainsi cet examen dans *Law*, au par. 70 :

Il est donc nécessaire d'analyser en fonction de l'objet visé le motif sur lequel est fondée l'allégation formulée sous le régime du par. 15(1) lorsqu'il s'agit de décider si l'on a établi la preuve d'une discrimination. En règle générale, [. . .] la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine. [. . .] Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1). En conformité avec les motifs des juges McIntyre et Sopinka, je veux simplement dire qu'il sera plus facile d'établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur.

Consideration of the extent to which the impugned legislation properly accommodates the claimant's circumstances begins with the *MPA* and the changes it brought about. The purpose of the *MPA* is revealed in its preamble and through the debates of the House of Assembly at the time it was introduced. On second reading of the *MPA* Bill on May 8, 1980, the legislative purpose was described as follows:

> The intent and purport of the legislation, Mr. Speaker, is to be found in the preamble. . . . The intent, by virtue of the introduction and, hopefully, the ultimate passage of this legislation, is to establish clearly that marriage is a partnership and that that partnership carries with it an understanding of equality, and equality in all senses and, as it relates to this particular piece of legislation, equality at the time any such marriage should come to an end, by reason either of separation, divorce or upon death. [Emphasis added.]

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, at p. 2011)

The *MPA* created a regime of "deferred sharing", replacing the regime of absolute separate property. The new legislative scheme deems married persons to have agreed to an economic partnership wherein both pecuniary and non-pecuniary contributions to the marriage partnership are considered to be of equal worth. The *MPA* provides *inter alia* that property acquired by each spouse before and during the marriage constitutes a pool of assets, which may be divided, regardless of legal title, in equal shares upon marriage breakdown, divorce or death of either spouse. It also provides each spouse with an equal right of possession in the matrimonial home, without regard to title, and provides that no sale or mortgage of the matrimonial home may occur without the consent of both spouses: Law Reform Commission of Nova Scotia, *supra*, at pp. 5-7. As a whole, then, the *MPA* is designed to ensure the economic partnership between married persons by affording protections to the non-title holding spouse both during the marriage and at its end, whether due to divorce or death.

Pour déterminer dans quelle mesure la loi contestée tient adéquatement compte de la situation du demandeur, il faut d'abord examiner la *MPA* et les changements qu'elle a apportés. L'objet de la *MPA* ressort de son préambule et des débats de la House of Assembly à l'époque où elle a été déposée. Le 8 mai 1980, en deuxième lecture du projet de loi relatif à la *MPA*, on a ainsi décrit l'objectif de la loi : 45

> [TRADUCTION] L'objectif de la loi, M. le Président, se trouve dans le préambule [. . .] Par l'introduction et, espérons-le, l'adoption ultime de cette loi, on vise à établir clairement que le mariage constitue une association, et que cette association participe d'une certaine interprétation de l'égalité, soit l'égalité dans tous les sens du terme et, en ce qui a trait à la présente loi en particulier, l'égalité au moment de la fin du mariage, que ce soit en raison d'une séparation, d'un divorce ou d'un décès. [Je souligne.]

(Nouvelle-Écosse, House of Assembly, *Debates and Proceedings*, 80-44, 8 mai 1980, p. 2011)

La *MPA* a instauré un régime de [TRADUCTION] « partage différé » pour remplacer le régime de séparation totale des biens. Selon le nouveau régime, les personnes mariées sont réputées avoir convenu de former une association économique et les contributions pécuniaires et non pécuniaires à l'association du mariage sont réputées avoir une valeur égale. La *MPA* prévoit notamment que les biens acquis par les époux avant et pendant le mariage forment une masse de biens qui peuvent être partagés en parts égales, sans égard au droit de propriété sur ces biens, lorsque survient la rupture du mariage, le divorce ou le décès d'un des conjoints. Par ailleurs, la loi confère aux conjoints un droit égal à la possession du foyer conjugal, peu importe celui dont le nom figure sur le titre de propriété, de même qu'elle prévoit que le foyer conjugal ne peut être vendu, ni grevé d'une hypothèque sans le consentement des deux conjoints : Law Reform Commission of Nova Scotia, *op. cit.*, p. 5-7. Dans l'ensemble, la *MPA* vise donc à assurer une association économique entre les personnes mariées en accordant une protection au conjoint qui n'est pas titulaire du droit de propriété pendant le mariage comme à la fin du mariage, que celle-ci résulte d'un divorce ou d'un décès. 46

47 The respondent Walsh is correct in noting that the *MPA* was designed to remedy the wrongs of the past and to support the equality of both spouses as a result of their joint commitment to share equally in the matrimonial assets. As Wilson J. reasoned in *Clarke*, *supra*, at p. 807:

> Thus the Act supports the equality of both parties to a marriage and recognizes the joint contribution of the spouses, be it financial or otherwise, to that enterprise. The Act goes further and asserts that, due to this joint contribution, both parties are entitled to share equally in the benefits that flow from the union — the assets of the marriage. The Act is accordingly remedial in nature. It was designed to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized.

48 This remedying of inequities is recognized in the *MPA*'s preamble and is achieved by the matrimonial property regime that it creates. Although the respondent focusses her argument on the provision in the *MPA* that confers upon married spouses the right to apply for a presumptive equal division of matrimonial assets on marriage breakdown, it must be remembered that the presumption of equal division of property is only one part of the overall scheme. The *MPA* also provides other significant benefits and imposes significant obligations on the spouses: a right of possession to the marital home; protection against disposition of the marital home; a right to redeem the interest in the marital home *vis-à-vis* execution creditors; a right to apply for division of assets on the death of a spouse in addition to rights by way of will or intestacy. Moreover, even the division of matrimonial assets brings with it significant obligations to the spouses. The manner in which the property division is achieved is to calculate the total value of the matrimonial assets and subtract from that amount the total value of the matrimonial debts, without regard, in both cases, to the title in whom these assets or liabilities rest. Thus the *MPA*, by deeming all marriages to be economic partnerships, imposes a significant alteration to the *status quo* of an individual's proprietary rights and obligations. Moreover, these statutorily created proprietary restrictions and obligations arise as at the time of the marriage and continue throughout the

L'intimée souligne à juste titre que la *MPA* visait à remédier aux erreurs du passé et à promouvoir l'égalité des conjoints en conséquence de leur engagement solidaire à partager également les biens matrimoniaux. Voici le raisonnement exposé par madame le juge Wilson à cet égard dans *Clarke*, précité, p. 807 :

> La Loi appuie donc l'égalité des deux parties dans un mariage et reconnaît la contribution solidaire des conjoints, qu'elle soit financière ou autre, à cette entreprise. La Loi va plus loin et affirme que, en raison de cette contribution solidaire, les deux parties ont le droit de partager également les avantages qui découlent de l'union — les biens du mariage. En conséquence, la Loi est de nature réparatrice. Elle a été rédigée pour pallier les iniquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n'était pas reconnue.

Le préambule de la *MPA* confirme cet objectif de réparation des injustices, réalisé au moyen du régime matrimonial qu'établit la *MPA*. L'intimée fonde son argumentation sur la disposition de la *MPA* qui confère aux conjoints mariés le droit de se prévaloir de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux au moment de la rupture du mariage. Il faut toutefois se rappeler que cette présomption n'est que l'une des composantes du régime général. La *MPA* accorde d'autres bénéfices considérables, tout comme elle impose aux conjoints d'importantes obligations : un droit à la possession du foyer conjugal, une protection contre l'aliénation du foyer conjugal, un droit de rachat sur le foyer conjugal opposable aux créanciers saisissants, le droit de demander le partage des biens au décès du conjoint qui s'ajoute aux droits découlant d'un testament ou d'une succession *ab intestat*. De plus, même le partage des biens matrimoniaux emporte d'importantes obligations pour les conjoints. Pour procéder au partage des biens, il faut calculer la valeur totale des biens matrimoniaux et en soustraire la valeur totale des dettes matrimoniales, indépendamment du nom auquel sont inscrits ces éléments d'actif et de passif. Par conséquent, en assimilant tous les mariages à une association économique, la *MPA* modifie considérablement l'état actuel des droits et obligations d'une personne en matière de propriété. De plus, ces obligations et restrictions légales touchant le droit de propriété prennent naissance au moment du mariage

duration of the marriage until separation or death. The decision to marry, which necessarily requires the consent of each spouse, encapsulates within it the spouses' consent to be bound by the proprietary regime that the *MPA* creates.

et subsistent pendant toute la durée du mariage jusqu'à la séparation ou au décès. La décision de se marier, qui requiert obligatoirement le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA*.

Unmarried cohabitants, on the other hand, maintain their respective proprietary rights and interests throughout the duration of their relationship and at its end. These couples are free to marry, enter into domestic contracts, to own property jointly. In short, if they so choose, they are able to access all of the benefits extended to married couples under the *MPA*. Though my conclusion in this case is no way dependent upon the existence of the *LRA*, this new legislation offers another means by which unmarried cohabitants can access these benefits. The *LRA* is tailored to persons who, for myriad reasons, choose not to marry but who nevertheless consent to be bound legally to the same regime of economic partnership with all of the rights and obligations that it entails. The general principle is that, without taking some unequivocal consensual action, these cohabiting persons maintain the right to deal with any and all of their property as they see fit.

49 En revanche, les conjoints non mariés conservent leurs droits de propriété respectifs pendant la durée de leur union et à la fin de celle-ci. Ces couples sont libres de se marier, de conclure un contrat familial et de détenir des biens en copropriété. Bref, s'ils le désirent, ils peuvent avoir accès à tous les avantages que la *MPA* accorde aux couples mariés. Si ma conclusion en l'espèce ne repose nullement sur l'existence de la *LRA*, signalons que cette nouvelle loi fournit, aux couples non mariés, un autre moyen d'avoir accès à ces avantages. La *LRA* est taillée sur mesure pour les personnes qui, pour mille et une raisons, décident de ne pas se marier, mais veulent quand même être assujetties, en droit, au même régime d'association économique, avec tous les droits et obligations qu'il comporte. Le principe général veut que les personnes vivant en union libre, si elles ne prennent pas de mesure consensuelle non équivoque, conservent le droit de disposer de leurs biens comme bon leur semble.

The *MPA*, then, can be viewed as creating a shared property regime that is tailored to persons who have taken a mutual positive step to invoke it. Conversely, it excludes from its ambit those persons who have not taken such a step. This requirement of consensus, be it through marriage or registration of a domestic partnership, enhances rather than diminishes respect for the autonomy and self-determination of unmarried cohabitants and their ability to live in relationships of their own design. As Iacobucci J. phrased it in *Law*, at para. 102, "[t]he law functions not by the device of stereotype, but by distinctions corresponding to the actual situation of individuals it affects."

50 On peut donc dire que la *MPA* crée un régime de partage des biens conçu pour les personnes qui ont pris, mutuellement, une mesure concrète pour s'en prévaloir. À l'inverse, la loi exclut de son champ d'application les personnes qui n'ont pris aucune mesure en ce sens. En exigeant qu'il existe un consensus, exprimé par le mariage ou par l'enregistrement d'une union civile, on ne respecte pas moins, mais davantage l'autonomie et l'autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d'union qu'ils ont eux-mêmes façonnée. Dans *Law*, par. 102, le juge Iacobucci a affirmé que « [l]a loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu'elle vise. »

Relying mostly on the decisions of this Court in *Miron*, *supra*, and *M. v. H.*, *supra*, the respondent Walsh says that even if some common law couples

51 Invoquant principalement les arrêts *Miron* et *M. c. H.*, précités, émanant de la Cour, l'intimée Walsh fait valoir que même si certains conjoints de

may benefit from the inapplicability of the *MPA* to their relationship breakdown, this does not address the statute's effect in perpetuating the view that an unmarried spouse is less entitled to recognition and respect than a married spouse. The respondent insists that not all members of the claimant group need be negatively affected, that the potential denial of the right to equality to any member of the group suffices.

52 Following the reasoning of McLachlin J. in *Miron*, *supra*, Walsh argues that there may be many factors that preclude certain individuals from marrying and thereby availing themselves of the *MPA*, even though their relationships have all the functional markings of a marriage. By excluding from its ambit unmarried couples, whom the respondent submits are the functional equivalents of married couples, the *MPA* has the effect of perpetuating the view that these alternative family forms are less deserving of recognition and respect.

53 In *Miron*, *supra*, this Court held the denial of insurance benefits to unmarried spouses to be discriminatory within the meaning of s. 15(1). In that case, the impugned legislation denied automobile insurance benefits to persons in circumstances similar to married persons. Short of agreeing to marry, the cohabitants had no ability to control the availability to each other of the benefits. Moreover, the extension or denial of these benefits had no impact on the rights and obligations of the spouses *vis-à-vis* each other. The discriminatory distinction at issue in *Miron*, *supra*, concerned the relationship of the couple as a unit, to third parties. The marital status of the couple should have had no bearing on the availability of the benefit.

54 In the present case, however, the *MPA* is primarily directed at regulating the relationship between the parties to the marriage itself; parties who, by marrying, must be presumed to have a mutual intention to enter into an economic partnership. Unmarried

fait peuvent tirer avantage de l'inapplicabilité de la *MPA* à la rupture de leur union, cela ne change rien au fait que la loi perpétue l'opinion qu'un conjoint non marié est moins digne de reconnaissance et de respect qu'un conjoint marié. L'intimée insiste sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe alléguant la discrimination soient lésés et que la possibilité d'une atteinte au droit à l'égalité d'un membre du groupe suffit.

Adoptant le raisonnement du juge McLachlin dans *Miron*, précité, M^me^ Walsh fait valoir que de nombreux facteurs peuvent empêcher certaines personnes de se marier et, partant, de se prévaloir de la *MPA*, même si leur union présente toutes les caractéristiques fonctionnelles d'un mariage. Parce qu'elle exclut de son champ d'application les couples non mariés, que l'intimée présente comme les équivalents fonctionnels des couples mariés, la *MPA* aurait pour effet de perpétuer l'opinion que ces types de familles non traditionnelles sont moins dignes de reconnaissance et de respect.

Dans *Miron*, précité, la Cour a statué qu'il était discriminatoire au sens du par. 15(1) de refuser des prestations d'assurance aux conjoints non mariés. Dans cette affaire, la loi contestée refusait le droit de toucher des prestations d'assurance-automobile aux personnes qui se trouvaient dans une situation semblable à celle des personnes mariées. À moins d'accepter de se marier, les conjoints vivant en union libre n'avaient aucun moyen de s'assurer que leur conjoint respectif puisse avoir accès aux prestations. De plus, le fait qu'on leur accorde ou qu'on leur refuse le droit à ces prestations ne modifiait en rien les droits et obligations des conjoints entre eux. La distinction discriminatoire en cause dans *Miron*, précité, touchait les rapports du couple, vu comme une entité, avec les tiers. L'état matrimonial du couple n'aurait dû avoir aucune incidence sur l'admissibilité aux prestations.

Par contre, en l'espèce, la *MPA* vise essentiellement à régler les rapports entre les parties au mariage même, qui doivent être tenues pour avoir, en se mariant, l'intention mutuelle de former une association économique. Quant à eux, les couples

cohabitants, however, have not undertaken a similar unequivocal act. I cannot accept that the decision to live together, without more, is sufficient to indicate a positive intention to contribute to and share in each other's assets and liabilities. It may very well be true that some, if not many, unmarried cohabitants have agreed as between themselves to live as economic partners for the duration of their relationship. Indeed, the factual circumstances of the parties' relationship bear this out. It does not necessarily follow, however, that these same persons would agree to restrict their ability to deal with their own property during the relationship or to share in all of the other's assets and liabilities following the end of the relationship. As Eichler, *supra*, points out, at pp. 95-96:

> There is a distinct difference between a young couple living together, having a child together, and then splitting up, and an older couple living together after they have raised children generated with another partner. If a middle-aged couple decide to move in together at the age of fifty-five and to split at age sixty, and if both of them have children in their thirties, the partners may wish to protect their assets for themselves and for their children — with whom they have had a close relationship for over thirty years — rather than with a partner with whom they were associated for five years.

In my view, people who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations. A decision not to marry should be respected because it also stems from a conscious choice of the parties. It is true that the benefits that one can be deprived of under a s. 15(1) analysis must not be read restrictively and can encompass the benefit of a process or procedure, as recognized in *M. v. H.*, *supra*. It has not been established, however, that there is a discriminatory denial of a benefit in this case because those who do not marry are free to take steps to deal with their personal property in such a way as to create an equal partnership between them. If there is need for a uniform and universal protective regime independent of choice of matrimonial status, this is not a s. 15(1) issue. The *MPA* only protects persons who have

vivant en union libre n'ont pris aucune mesure semblable non équivoque. Je ne puis reconnaître que la décision des conjoints de faire vie commune, sans plus, suffit à démontrer leur intention réelle de contribuer à l'actif et au passif l'un de l'autre et de le partager. Il se pourrait fort bien que certains — sinon de nombreux — conjoints vivant en union libre aient convenu entre eux de former une association économique pour la durée de leur union. En effet, les circonstances factuelles de l'union que forment les parties le confirment. Cependant, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces mêmes personnes seraient d'accord pour restreindre leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l'union ou pour partager l'actif et le passif de l'autre à la rupture de l'union. Voici ce que dit Eichler, *op. cit.*, à cet égard, aux p. 95-96 :

> [TRADUCTION] Il existe une nette différence entre la situation d'un jeune couple qui cohabite, donne naissance à un enfant et se sépare, et celle de personnes plus âgées qui cohabitent après avoir élevé des enfants qu'elles ont eu d'un autre partenaire. Si deux partenaires d'âge mûr décident d'emménager ensemble à cinquante-cinq ans, puis de se séparer à soixante ans, et si tous deux ont des enfants dans la trentaine, ils désireront peut-être protéger leurs biens pour leur propre bénéfice et celui de leurs enfants — avec lesquels ils ont des liens étroits depuis plus de trente ans — plutôt que de les partager avec un partenaire avec lequel leur relation n'aura duré que cinq ans.

55 À mon sens, on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques. La décision des parties de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient. Certes, les bénéfices dont une personne peut être privée au sens du par. 15(1) ne doivent pas recevoir une interprétation restrictive et peuvent englober l'accès à un processus ou à une procédure, comme le précise l'arrêt *M. c. H.*, précité. Il n'a cependant pas été établi en l'espèce qu'il y a eu négation discriminatoire d'un bénéfice, car les couples qui ne se marient pas peuvent en toute liberté prendre des mesures à l'égard de leurs biens personnels de façon à créer une association à parts égales entre eux. S'il est nécessaire d'instaurer un régime de protection uniforme et universel sans égard à l'état matrimonial choisi,

demonstrated their intention to be bound by it and have exercised their right to choose.

56 The respondent Walsh argues that the choice to marry, to enter into a domestic contract or to register a partnership under the *LRA* still does not address her situation, nor does it address the circumstances of those individuals whose unmarried partner either refuses to marry or to register their domestic partnership. For these persons, as Walsh argues, the decision is not entirely within their control. Similarly, she argues that maintaining the proprietary *status quo* in unmarried cohabiting relationships unduly disadvantages both the non-title holding partner, who have historically been women, as well as the children of the relationship. The respondent argues that protection of women and children from the potentially dire economic consequences of marriage breakdown is one of the main purposes of the *MPA*. Excluding unmarried cohabitants, then, constitutes a denial of equal protection of women in conjugal relationships and the children of those relationships, the persons whom the legislation was specifically designed to protect.

57 On this basis, the respondent submits that the only constitutionally acceptable formula is to extend the ambit of the *MPA* to all unmarried cohabitants, while providing consenting couples the opportunity to opt out, as the current *MPA* does with regard to married couples. The problem with that proposition, in my view, is that it eliminates an individual's freedom to decide whether to make such a commitment in the first place. Even if the freedom to marry is sometimes illusory, does it warrant setting aside an individual's freedom of choice and imposing on her a regime that was designed for persons who have made an unequivocal commitment encompassing the equal partnership described in the *MPA*? While there is no denying that inequities may exist in certain unmarried cohabiting relationships and that those inequities may result in unfairness between the parties on relationship breakdown, there is no constitutional requirement that the state extend the protections of the *MPA* to those persons. The issue here is whether making a meaningful choice

cette question ne relève pas du par. 15(1). La *MPA* ne protège que les personnes qui ont manifesté leur volonté d'y être assujetties et qui ont exercé leur droit de choisir.

L'intimée Walsh prétend que la possibilité de se marier, de conclure un contrat familial ou d'enregistrer une union en application de la *LRA* ne règle ni sa situation ni celle des personnes non mariées dont le conjoint ne consent ni à se marier ni à enregistrer leur union civile. Madame Walsh fait valoir que ces personnes ne sont pas seules maîtres de cette décision. De même, elle soutient que le maintien du statu quo en ce qui concerne les biens des conjoints non mariés défavorise indûment tant le partenaire non titulaire du droit de propriété — qui est traditionnellement la femme — que les enfants issus de l'union. Or, l'intimée affirme que l'un des objectifs principaux de la *MPA* consiste précisément à protéger les femmes et les enfants des conséquences économiques parfois très pénibles qui peuvent découler de la rupture du mariage. Par conséquent, l'exclusion des conjoints non mariés nie le même bénéfice de la loi aux femmes qui vivent en union conjugale et aux enfants issus de cette union, alors que la loi visait précisément à les protéger.

Pour ces raisons, l'intimée prétend que la seule solution constitutionnellement acceptable consiste à étendre l'application de la *MPA* à tous les conjoints non mariés, en leur donnant la possibilité d'y renoncer s'ils le désirent, comme la *MPA* le permet actuellement aux couples mariés. Cette proposition pose problème à mon avis en ce qu'elle supprime la liberté de chacun de décider de prendre un tel engagement au départ. Même si la liberté de se marier s'avère parfois illusoire, faut-il pour autant écarter la liberté de choix de l'individu et lui imposer un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque, notamment à former l'association à parts égales décrite dans la *MPA*? Personne ne nie qu'il puisse exister des iniquités chez certains couples non mariés et qu'une injustice entre les parties puisse en résulter à la rupture de leur union, mais aucune règle constitutionnelle n'oblige l'État à étendre la portée de la *MPA* pour les protéger. Il faut en l'occurrence déterminer si la faculté de faire un choix utile mérite d'être maintenue et si les

matters, and whether unmarried persons are prevented from taking advantage of the benefits of the *MPA* in an unconstitutional way.

Persons unwilling or unable to marry have alternative choices and remedies available to them. The couple may choose to own property jointly and/or to enter into a domestic contract that may be enforced pursuant to the *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 52(1), and the *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 2(e). These couples are also capable of accessing all of the benefits of the *MPA* through the joint registration of a domestic partnership under the *LRA*.

It is true that certain unmarried couples may also choose to organize their relationship as an economic partnership for the period of their cohabitation. Similarly, some couples, without making a public and legally binding commitment, may simply live out their lives together in a manner akin to marriage. In these cases, the law has evolved to protect those persons who may be unfairly disadvantaged as a result of the termination of their relationship.

Firstly, provincial legislation provides that an unmarried cohabitant or "common-law partner" may apply to a court for an order of maintenance or support: *Maintenance and Custody Act*, s. 3. The court is empowered to take into consideration a host of factors pertaining to the manner in which the parties organized their relationship as well as the particular needs and circumstances of both of the parties.

For those couples who have not made arrangements regarding their property at the outset of their relationship, the law of constructive trust remains available to address inequities that may arise at the time of the dissolution. The law of constructive trust developed as a means of recognizing the contributions, both pecuniary and non-pecuniary, of one spouse to the family assets the title of which was vested wholly in the other spouse: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus*, *supra*; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peter*, *supra*. After the enactment of the *MPA*, the law of constructive trust remained and remains as

personnes non mariées sont privées inconstitutionnellement de l'accès aux bénéfices de la *MPA*.

58 Les personnes qui ne veulent pas ou ne peuvent pas se marier ont d'autres options. Les conjoints peuvent choisir de devenir copropriétaires de certains biens et de conclure un contrat familial susceptible d'exécution en application de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, par. 52(1), et de la *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 6, al. 2e), ou s'en tenir à une seule de ces solutions. Ils peuvent aussi avoir droit à tous les bénéfices qu'offre la *MPA* en enregistrant conjointement leur union civile conformément à la *LRA*.

59 Il est vrai que certains couples non mariés peuvent également structurer leur union comme une association économique pour la durée de leur cohabitation. De même, sans prendre d'engagement public qui les lie juridiquement, certains couples peuvent tout simplement vivre ensemble dans une relation analogue au mariage. Dans ces cas-là, le droit a évolué pour assurer une protection aux personnes susceptibles d'être injustement défavorisées par la fin de leur union.

60 Premièrement, la loi provinciale dispose qu'un conjoint non marié ou [TRADUCTION] « conjoint de fait » peut demander à un tribunal de prononcer une ordonnance alimentaire : *Maintenance and Custody Act*, art. 3. Le tribunal peut prendre en considération une foule de facteurs relatifs à la manière dont les parties ont structuré leur union, ainsi qu'aux besoins et à la situation de chacune.

61 Quant aux couples qui n'ont pas pris d'arrangements concernant leurs biens dès le début de leur union, ils peuvent encore recourir au droit de la fiducie par interprétation pour remédier aux iniquités susceptibles de survenir au moment de la dissolution. Le droit de la fiducie par interprétation est devenu un moyen de reconnaître les contributions, tant pécuniaires que non pécuniaires, d'un conjoint aux biens familiaux dont le titre de propriété est établi seulement au nom de l'autre conjoint : *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus*, précité; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peter*, précité. Après la promulgation de la *MPA*,

a recourse for unmarried partners who find themselves unfairly disadvantaged *vis-à-vis* their former partner. Those situations where the fact of economic interdependence of the couple arises over time are best addressed through the remedies like constructive trust as they are tailored to the parties' specific situation and grievances. In my view, where the multiplicity of benefits and protections are tailored to the particular needs and circumstances of the individuals, the essential human dignity of unmarried persons is not violated.

62 All of these factors support the conclusion that the extension of the *MPA* to married persons only is not discriminatory in this case as the distinction reflects and corresponds to the differences between those relationships and as it respects the fundamental personal autonomy and dignity of the individual. In this context, the dignity of common law spouses cannot be said to be affected adversely. There is no deprivation of a benefit based on stereotype or presumed characteristics perpetuating the idea that unmarried couples are less worthy of respect or valued as members of Canadian society. All cohabitants are deemed to have the liberty to make fundamental choices in their lives. The object of s. 15(1) is respected.

63 Finally, it is important to note that the discriminatory aspect of the legislative distinction must be determined in light of *Charter* values. One of those essential values is liberty, basically defined as the absence of coercion and the ability to make fundamental choices with regard to one's life: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336; *Oakes*, *supra*; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 117. Limitations imposed by this Court that serve to restrict this freedom of choice among persons in conjugal relationships would be contrary to our notions of liberty.

64 Accordingly, I do not find that s. 2(g) of the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter*. Having found no

le droit de la fiducie par interprétation a continué et continue d'offrir un recours aux partenaires non mariés qui se trouvent injustement défavorisés par rapport à leur ancien partenaire. La meilleure façon de remédier aux situations où une interdépendance économique s'est établie au fil du temps dans le couple est de recourir à une réparation comme la fiducie par interprétation, qui est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties. À mon avis, lorsqu'il existe de multiples bénéfices et protections adaptés à la situation et aux besoins particuliers de chacun, il n'y a pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes qui ne sont pas mariées.

Tous ces facteurs appuient la conclusion que l'application de la *MPA* aux seules personnes mariées n'est pas discriminatoire en l'espèce, car cette distinction reflète les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne. Dans ce contexte, on ne peut soutenir qu'il y a atteinte à la dignité des conjoints de fait. Nous ne sommes pas en présence de la négation d'un bénéfice fondée sur un stéréotype ou des caractéristiques présumées qui perpétuent l'idée que les couples non mariés sont moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Tous les conjoints sont réputés libres de faire des choix fondamentaux dans leur vie. On respecte l'objectif du par. 15(1).

Enfin, il importe de souligner que le caractère discriminatoire de la distinction créée par la loi doit s'apprécier en regard des valeurs consacrées par la *Charte*. L'une de ces valeurs fondamentales est la liberté, définie essentiellement comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336; *Oakes*, précité; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 117. L'imposition par la Cour de restrictions limitant cette liberté de choix chez les personnes vivant en union conjugale irait à l'encontre de notre conception de la liberté.

Par conséquent, je conclus que l'al. 2g) de la *MPA* ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*.

discrimination in this particular case, it is unnecessary to proceed with a s. 1 analysis.

VII. Disposition

I would allow the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

No.

2. If the answer to question 1 is "yes", is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

This case considers the constitutionality of the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the definition of "spouse" contained in s. 2(g) of Nova Scotia's *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 ("*MPA*"). The respondent Walsh challenges this definition alleging a violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that is not saved by s. 1.

For the reasons given by the Court of Appeal ((2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53) and those that follow, I conclude that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from this definition is discriminatory and that this discrimination is not justified by virtue of s. 1 of the *Charter*. As the respondents Walsh and Bona have settled their respective property claims and as the matrimonial property regime has since been amended, I will not consider the appropriate remedy to grant in the present case.

Comme il n'y a pas de discrimination en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse fondée sur l'article premier.

VII. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante : 65

1. L'alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

Non.

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'exclusion des couples hétérosexuels non mariés de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » à l'al. 2g) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« *MPA* »). L'intimée Walsh conteste cette définition en alléguant une atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui n'est pas justifiée par l'article premier. 66

Pour les motifs exposés par la Cour d'appel ((2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53) et ceux que j'expose ci-après, je conclus que l'exclusion des couples hétérosexuels non mariés de cette définition est discriminatoire et que cette discrimination ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Puisque les intimés Walsh et Bona ont réglé à l'amiable leurs demandes respectives quant aux biens et que le régime matrimonial a été modifié depuis, je n'examinerai pas la question de la réparation à accorder en l'espèce. 67

II. Facts

68 The respondents Susan Walsh and Wayne Bona entered into a relationship in the mid-1980s that culminated in their cohabitation. For reasons unknown to this Court, they never married. The story of their long-term relationship is only half told by reference to the record. I would venture to say that beneath the official facts lies a relationship marked by periods of romance, love, happiness, sorrow, despair, and anger. This is characteristic of the many types of relationships formed in this country and is not unique to Walsh and Bona. While I confine myself to their story, I readily acknowledge that the following could describe any number of couples living in Canada today.

69 When they began cohabitating, the respondents both lived in Dartmouth, Nova Scotia. At the time, Bona worked as a community development worker with the Department of Community Services. Walsh also held two jobs in Dartmouth as an outreach worker at a senior citizen's centre and as a part-time certified nursing assistant. In 1988, Bona was transferred to River Bourgeois in Richmond County. Walsh, now residing with Bona, uprooted and moved with him from Dartmouth to continue their lives together. That same year, the respondents became parents after Walsh gave birth to a son, E. Bona. Two years later, she gave birth to another son, P. Bona.

70 On arriving at their new location, Bona and Walsh purchased a home together as joint owners. Bona continued to work while Walsh stayed home to raise their two children. Income came from Bona's employment and, for some time, Walsh's unemployment insurance benefits.

71 In 1995, the relationship fell apart. It is accepted that this union lasted for a period of approximately 10 years. After the relationship ended, Bona sold some cottage property he had acquired as a gift prior to the commencement of cohabitation. The proceeds

II. Les faits

Les intimés Susan Walsh et Wayne Bona ont commencé à se fréquenter au milieu des années 80 pour ensuite cohabiter. Pour des raisons inconnues de la Cour, ils ne se sont jamais mariés. Le dossier ne révèle qu'en partie l'histoire de leur relation de longue durée. J'irais jusqu'à dire que, derrière la version officielle des faits, se cache une relation ponctuée d'affection, d'amour, de bonheur, de tristesse, de désespoir et de colère. Ceci caractérise non seulement les relations de Susan Walsh et Wayne Bona mais aussi de nombreux types d'unions formées au Canada. Bien que je m'en tienne à leur histoire, je reconnais volontiers que les faits pourraient décrire la situation d'un grand nombre de couples vivant au Canada aujourd'hui.

Lorsqu'ils ont commencé à cohabiter, les intimés vivaient à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. À l'époque, M. Bona occupait un poste de travailleur en développement communautaire au ministère des services communautaires. M^me^ Walsh cumulait deux emplois à Dartmouth : comme employée des services d'approche dans un centre pour personnes âgées et, à temps partiel, comme infirmière auxiliaire autorisée. En 1988, M. Bona a été muté à River Bourgeois, dans le comté de Richmond. M^me^ Walsh, qui vivait alors avec M. Bona, a quitté Dartmouth et est allée le rejoindre pour qu'ils puissent continuer à vivre ensemble. Cette année-là, les intimés ont eu un fils, E. Bona. Deux ans plus tard, M^me^ Walsh a donné naissance à un autre fils, P. Bona.

Lorsqu'ils ont déménagé, M. Bona et M^me^ Walsh ont acheté une maison en copropriété. M. Bona a continué à travailler tandis que M^me^ Walsh est demeurée au foyer pour s'occuper des deux enfants. Leurs revenus provenaient de l'emploi de M. Bona et, pendant un certain temps, des prestations d'assurance-chômage touchées par M^me^ Walsh.

Leur relation a pris fin en 1995. Il est admis que leur union a duré 10 ans environ. Après la rupture, M. Bona a vendu un chalet qu'il avait reçu en cadeau avant le début de la cohabitation. Le produit de la vente a servi en partie à payer des dettes

of sale were used in part to pay off joint debts accumulated by both he and Walsh during their time together. As far as the record is concerned, the story of the relationship ends there.

Walsh applied for both child and spousal support. At the same time, she asked that the definition of "spouse" in s. 2(g) of the *MPA* be declared unconstitutional. Specifically, she argued that the definition, which covers men and women who are "married to each other", "married to each other by a marriage that is voidable and has not been annulled", or who have "gone through a form of marriage with each other" violates s. 15(1) of the *Charter*. This claim failed at first instance but was successful on appeal. The appellant, by leave, asks this Court to allow the appeal and restore the decision of the chambers judge.

As my colleague Justice Bastarache notes, the legislature in Nova Scotia has since responded to this litigation by enacting legislation entitling individuals, including heterosexual unmarried cohabitants, to register their domestic partnership with the province. Upon registration, these couples acquire the same presumptive right of equal sharing available to married couples through the *MPA*. Further, Bona and Walsh have now settled their respective claims. As such, the case before the Court is purely an academic exercise, albeit one of the utmost importance.

III. Issues

The following constitutional questions were stated by the Court:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

2. If the answer to question 1 is "yes", is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

conjointes que M^me^ Walsh et lui avaient accumulées pendant qu'ils faisaient vie commune. Pour ce qui est du dossier, c'est là que se termine l'histoire de la relation.

72 M^me^ Walsh a réclamé une pension alimentaire pour elle-même et pour les enfants. En même temps, elle a demandé que la définition de [TRADUCTION] « conjoint » à l'al. 2g) de la *MPA* soit déclarée inconstitutionnelle. Plus précisément, elle soutenait que la définition qui vise les hommes et les femmes [TRADUCTION] « unis par les liens du mariage », « unis par les liens du mariage et dont le mariage est nul de nullité relative, mais n'a pas fait l'objet d'une déclaration de nullité » ou « ayant contracté de bonne foi un mariage » viole le par. 15(1) de la *Charte*. Elle a été déboutée en première instance, mais a eu gain de cause en appel. Sur autorisation d'appel, l'appelant demande à la Cour de rétablir la décision du juge en chambre.

73 Comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, la législature de la Nouvelle-Écosse a réagi depuis au présent litige en adoptant une loi habilitant toute personne, y compris les conjoints de fait hétérosexuels, à enregistrer leur union auprès de la province. Dès l'enregistrement, ces couples bénéficient de la présomption de partage égal des biens qui est accordée aux couples mariés en application de la *MPA*. Par ailleurs, M. Bona et M^me^ Walsh ont maintenant réglé à l'amiable leurs réclamations respectives. Le présent pourvoi est donc un exercice purement théorique, quoique de la plus haute importance.

III. Les questions en litige

74 La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

IV. Legislation and Judicial History

75 I do not feel it is necessary to set out the appropriate legislative provisions nor to summarize the decisions taken in the Nova Scotia Supreme Court ((1999), 178 N.S.R. (2d) 151) and Court of Appeal. My colleague Bastarache J. has done a commendable job of both, rendering it unnecessary to repeat the exercise here.

V. Analysis

A. *Scope of the Inquiry*

76 Nova Scotia's matrimonial property regime was altered in 2000 to offer heterosexual unmarried cohabitants the option of opting in to the matrimonial property regime by simply registering their partnership under the *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494: see *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29. This new legislation was not in force at the time the respondent Walsh applied for her declaration. I see no need to refer to the new legislation in conducting my analysis. I will therefore confine myself to the wording of the *MPA* as it stood at the time she made her original application.

77 In doing so, I should observe that several provinces — including Nova Scotia — have either amended their legislation or considered amendments to offer the benefits of the presumption of equal sharing to heterosexual unmarried cohabitants. Pronouncing on the constitutional validity of the legislation currently in force in Nova Scotia might stultify this ongoing process in which several legislatures are now engaged. Legislatures have several options if they should choose to include cohabitants within the scope of their matrimonial property regimes. Possible options include allowing heterosexual unmarried cohabitants to opt in to the regime, presuming inclusion unless they opt out by way of contract or through legislated means, ascribing matrimonial status to those who meet particular criteria, or a combination of the above. Legislatures need to know whether a total exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the ambit of their

IV. Les dispositions législatives et l'historique judiciaire

Mon collègue le juge Bastarache expose dans ses motifs les dispositions législatives applicables et résume les décisions de la Cour suprême ((1999), 178 N.S.R. (2d) 151) et de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Il est donc inutile de refaire l'exercice.

V. Analyse

A. *Étendue de l'examen*

En 2000, le régime matrimonial de la Nouvelle-Écosse a été modifié pour offrir aux couples hétérosexuels non mariés la possibilité d'opter pour ce régime en enregistrant simplement leur union selon les dispositions de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494 : voir *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29. Cette nouvelle loi n'était pas en vigueur à l'époque où l'intimée Walsh a présenté sa demande de jugement déclaratoire. Je ne vois donc pas l'utilité de me référer au nouveau texte législatif dans le cadre de mon analyse. Je me limiterai en conséquence à l'examen du libellé de la *MPA* qui était en vigueur à l'époque où l'intimée a présenté sa demande initiale.

Je tiens à signaler, cependant, que plusieurs provinces, dont la Nouvelle-Écosse, ont soit modifié leur législation soit envisagé de le faire pour étendre aux couples hétérosexuels non mariés la présomption de partage égal. Le fait de statuer sur la constitutionnalité de la loi maintenant en vigueur en Nouvelle-Écosse pourrait paralyser le processus en cours dans plusieurs provinces. Plusieurs options s'offrent aux législatures qui décideraient d'inclure les cohabitants dans leur régime matrimonial, notamment celle de permettre aux couples hétérosexuels non mariés d'opter pour ce régime, celle de présumer leur inclusion à moins de renonciation par contrat ou autres moyens légaux, celle de conférer un état matrimonial aux personnes qui répondent à des critères définis, ou une combinaison de ces options. Les législatures doivent savoir si l'exclusion totale des conjoints de fait hétérosexuels du champ d'application de leur régime est

regimes is unconstitutional. It is only they who have the authority to decide who is to be included, subject to the requirements of the *Charter*.

B. *Section 15(1)*

The first question is whether the definition of "spouse" in the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter*. I need look no further than this Court's decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, for the appropriate principles to apply to this analysis. While other cases in this Court have since dealt with the formula enunciated in *Law*, the fundamental concepts associated with s. 15(1) continue to find their greatest expression in the *Law* test.

In *Law*, the Court set out a three-stage approach to determine whether s. 15(1) is violated, noting the existence of three broad inquiries (para. 39). One begins by looking to see if the law draws a formal distinction between the claimant and others based on one or more personal characteristics or whether the law takes into account the claimant's disadvantaged position in society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others based on one or more personal characteristics. The second step entails an examination as to whether this differential treatment is based on a personal characteristic that is enumerated in s. 15(1) or analogous to one such characteristic. Finally, the Court considers whether this differential treatment substantively discriminates. This final inquiry draws inspiration from the purpose of s. 15(1) as a remedial tool against prejudice, stereotyping, and historical disadvantage. I will specifically deal with each of these steps later in my reasons. It suffices to note that the third step involves a full and complete review of several contextual factors.

In conducting this three-stage analysis, it is appropriate to remember that fundamental to the equality rights guarantee is its broad remedial purpose, namely, the recognition of the innate dignity of each and every human being in our society. This fundamental purpose is violated whenever a sufficient distinction is drawn between individuals or

inconstitutionnelle. Elles seules ont le pouvoir de décider qui doit être inclus, sous réserve des exigences de la *Charte*.

B. *Le paragraphe 15(1)*

78 Il faut déterminer en premier si la définition du « conjoint » dans la *MPA* contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Je n'ai qu'à examiner l'arrêt de la Cour dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, pour dégager les principes applicables à la présente analyse. Bien que la Cour ait examiné depuis, dans d'autres arrêts, la formule énoncée dans l'arrêt *Law*, c'est encore le test de l'arrêt *Law* qui exprime le mieux les concepts fondamentaux issus du par. 15(1).

79 Dans *Law*, la Cour propose une démarche en trois étapes, s'appuyant sur trois larges examens, pour déterminer la présence d'une atteinte au par. 15(1) (par. 39). Il faut d'abord se demander si la loi établit une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou si la loi omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. Il faut en second lieu déterminer si la différence de traitement se fonde sur une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou un motif analogue. Enfin, la Cour doit examiner si la différence de traitement est réellement discriminatoire. Cette dernière question s'inspire de l'objet du par. 15(1), qui est de remédier aux préjugés, aux stéréotypes et aux désavantages historiques. J'aborderai tour à tour chacune de ces étapes plus loin dans mes motifs. Il suffit pour l'instant de signaler que la troisième étape implique l'examen complet et approfondi de plusieurs facteurs contextuels.

80 Dans le cadre de cette analyse en trois étapes, il convient de rappeler que l'essence de la garantie des droits à l'égalité réside en son large objectif réparateur, savoir la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque individu dans la société. Il y a atteinte à cet objectif fondamental chaque fois qu'on établit une distinction suffisante entre des personnes ou des

groups on an enumerated or analogous ground in such a way as to reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being: *Law*, *supra*, at para. 51.

81 Iacobucci J., in *Law*, sets out at para. 53 this Court's understanding of what is meant by human dignity:

> There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

Dignity is by its very nature a loaded and value-ridden concept comprising fundamental assumptions about what it means to be a human being in society. It is an essential aspect of humanity, the absence of which is felt by all members of society.

82 To this end, the promotion of human dignity and the prevention of actions that compromise its full exercise is a matter with which every member of society is concerned. It is for that reason that the promotion of human dignity finds expression in one

groupes pour un motif énuméré ou analogue d'une manière qui traduit une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées, ou d'une manière qui perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain (*Law*, précité, par. 51).

Dans *Law*, le juge Iacobucci explique au par. 53 ce que la Cour entend par dignité humaine :

> Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

De par sa nature, la dignité est un concept chargé de valeurs qui véhicule des postulats fondamentaux sur la place de l'individu dans la société. Il s'agit d'un aspect essentiel de l'humanité, et son absence est ressentie par tous les membres de la société.

À cette fin, la promotion de la dignité humaine et la prévention de mesures compromettant sa pleine jouissance intéressent tous les membres de la société. C'est pour ce motif que la promotion de la dignité humaine se reflète dans l'un de nos

of our most important legal documents, namely, the *Charter*. The importance of the remedial aspect of s. 15(1) must also be borne in mind when dealing with each stage of the *Law* analysis, but, most especially, the third stage. At the third stage, the Court is concerned with whether a distinction that is being drawn constitutes discrimination in the substantive sense that the distinction fails to serve the aforesaid purposes. As such, all courts must bear in mind that the guidelines in *Law* are merely guidelines — they do not represent a strict test: see *Law*, *supra*, at para. 88; and, *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 46. Instead, this Court must approach this case with regard to the full context in which this challenge is brought. A mechanical or overly formal approach may serve to undermine the purposes of s. 15(1) described above whereas a broad, liberal, contextual approach enables the Court to fully appreciate the claim and the alleged violation of human dignity.

It should also be borne in mind that differential treatment is by nature a comparative concept. The Court is required to identify differential treatment by observing the way the legislation treats two comparator groups. I do not propose to speak any further on this matter. It is clear in this case that the groups under comparison are heterosexual married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants. The *MPA* confers its benefits only on the former. The latter is the group to which the respondent Walsh belongs. The Court is merely concerned with whether drawing a distinction between heterosexual cohabitants on the basis of their marital status constitutes a violation of s. 15(1) of the *Charter*.

I conclude these preliminary remarks by observing that this Court is required, when conducting the above analysis, to review the claim from the perspective of a reasonable, dispassionate person, fully apprised of the circumstances, and possessing similar attributes to those of the claimant: *Law*, *supra*, at para. 60, referring to my comments in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 56. This subjective-objective appraisal is necessary in order to recognize the reality of the claimant's situation while situating that claimant in the proper comparator group. The fact that the respondent Walsh has

documents juridiques les plus importants, la *Charte*. Il faut également garder à l'esprit l'importance de l'aspect réparateur du par. 15(1) à chaque étape de l'analyse selon l'arrêt *Law*, mais tout particulièrement à la troisième étape. En effet, à la troisième étape, la Cour est appelée à déterminer si la distinction établie est réellement discriminatoire en ce sens qu'elle ne sert en rien les objectifs susmentionnés. À ce titre, les tribunaux ne doivent pas oublier que les lignes directrices énoncées dans *Law* ne sont que des lignes directrices et ne constituent pas un test rigide : voir *Law*, précité, par. 88, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 46. La Cour doit plutôt examiner le présent pourvoi à la lumière du contexte dans lequel s'inscrit la contestation. Une approche machinale ou trop formelle risque de contrecarrer les objets susmentionnés du par. 15(1), alors qu'une approche globale libérale et contextuelle permet à la Cour d'apprécier pleinement la revendication ainsi que l'atteinte alléguée à la dignité humaine.

83 Rappelons également que, par sa nature, la différence de traitement est un concept relatif. La Cour doit identifier une différence de traitement en étudiant la façon dont la loi traite deux groupes de comparaison. Je ne m'étendrai pas davantage sur ce point. De toute évidence, les groupes de comparaison en l'espèce sont les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. La *MPA* ne confère des avantages qu'au premier groupe. L'intimée Walsh appartient au deuxième groupe. La Cour doit simplement déterminer si l'établissement d'une distinction entre les couples hétérosexuels en raison de leur état matrimonial constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte*.

84 Je clos ces remarques préliminaires en soulignant que, dans le cadre de l'analyse susmentionnée, la Cour doit examiner la revendication du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables à ceux du demandeur : *Law*, par. 60, référant à mes commentaires dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 56. Cette évaluation subjective-objective est nécessaire pour comprendre la situation réelle du demandeur tout en le situant dans le groupe de comparaison approprié. Le fait que l'intimée Walsh ait pris la peine d'intenter les poursuites et de les mener

gone to the trouble of initiating this litigation and carrying it through this far suggests that, subjectively, she regards the definition of "spouse" as constituting a violation of her inherent human dignity. The question, however, is whether a person reflecting objectively on the claimant's situation would regard the exclusion of all heterosexual unmarried cohabitants as being a violation of the claimant's dignity. The objective element of the test also enables the Court to conduct the full contextual appraisal I noted earlier, evaluating in particular the individual's or group's "traits, history and circumstances": *Law*, at para. 60. No analysis would be complete without this broad evaluation.

1. Step 1 — Differential Treatment

85 As the appellant concedes, the *MPA* draws a distinction between married persons and heterosexual unmarried cohabitants. Only the former are included within the definition of "spouse". The latter are wholly excluded. This results in one regime for married persons (the matrimonial property regime) and another for unmarried ones (through the use of doctrines such as unjust enrichment). A formal distinction is thus drawn based on a personal characteristic, namely marital status. The distinction itself results in substantially differential treatment between the two groups. I prefer to deal with that issue at Step 3 where I enter into the discussion of the sufficiency of common law remedies as an aspect of human dignity.

86 The appellant argued in the Court of Appeal that the respondent Walsh was not denied equal benefit under the law. In essence, no distinction was being drawn. The Attorney General based its argument on the fact that married couples are themselves not "entitled" to 50 percent of the matrimonial assets upon dissolution of the marriage. They are merely given a presumption of entitlement. The Court of Appeal correctly rejected this argument. What we are dealing with here is a clear denial of a benefit to all heterosexual unmarried cohabitants, namely, the benefit of a strong presumption favouring equal sharing. As Cory J. says in *M. v. H.*, *supra*, at para.

jusqu'ici indique que, subjectivement, elle considère que la définition de « conjoint » porte atteinte à sa dignité humaine inhérente. Toutefois, il s'agit de savoir si une personne réfléchissant objectivement à la situation de l'intimée estimerait que l'exclusion de tous les couples hétérosexuels non mariés porte atteinte à la dignité de l'intimée. L'élément objectif du test permet également à la Cour de procéder à l'analyse contextuelle intégrale que je mentionne plus haut, avec l'examen en particulier « des traits, de l'histoire et de la situation » de la personne ou du groupe : *Law*, par. 60. Aucune analyse ne serait complète sans cette évaluation globale.

1. Première étape — La différence de traitement

L'appelant admet que la *MPA* établit une distinction entre les couples mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Seuls les premiers sont visés par la définition de « conjoint », les autres étant totalement exclus. Il existe donc un régime pour les personnes mariées (le régime matrimonial) et un autre pour les personnes non mariées (par l'application de principes comme l'enrichissement sans cause). Une distinction formelle est donc établie sur le fondement d'une caractéristique personnelle, en l'occurrence l'état matrimonial. Il résulte de cette distinction une différence de traitement réelle entre les deux groupes. Je préfère traiter cette question à la troisième étape, où j'aborde la question du caractère suffisant des réparations de common law comme aspect de la dignité humaine.

Devant la Cour d'appel, l'appelant a soutenu que l'intimée Walsh n'avait pas été privée de l'égalité devant la loi. Il avance essentiellement qu'aucune distinction n'a été établie. Le procureur général fonde son argument sur le fait que les couples mariés eux-mêmes n'ont pas [TRADUCTION] « droit » à la moitié des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage. Ils ne bénéficient que d'une présomption de droit. La Cour d'appel a eu raison de rejeter cet argument. Il est clair qu'un avantage est dénié aux couples hétérosexuels non mariés, savoir l'avantage d'une forte présomption en faveur du partage égal. Comme l'affirme le juge Cory dans *M. c. H.*,

66, referring to *Egan*, *supra*, at paras. 158-59, and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 87:

> The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit. It must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. . . .

Absent the presumption, people are left with the burden of proving contribution to the acquisition and maintenance of assets, a burden not easily discharged without incurring higher litigation costs than one would incur with a presumption of equal contribution and benefit.

It must also be observed that the *MPA* confers other benefits on spouses not available in other legislation or at common law. For example, ss. 6(1) and 11(1)(a) provide each spouse with a right to apply to court for an order of exclusive possession of the matrimonial home. The "matrimonial home" is defined in s. 3(1) as a home occupied by a person and that person's "spouse" and in which at least one of these two persons has a property interest. Given the definition of "spouse" in the *MPA*, this benefit is unavailable under the *MPA* to heterosexual unmarried cohabitants.

Overall, these people are denied both access to a process that could confer a benefit (the presumption) as well as direct benefits solely by virtue of their unmarried status. Again, I will deal with this in greater depth at the third stage of the *Law* analysis. It suffices for me to indicate at this point that the remedies available at common law are sufficiently different from those under the *MPA* that substantially differential treatment has been made out here.

2. Step 2 — Enumerated or Analogous Grounds

While marital status does not find expression in s. 15(1) of the *Charter*, this distinction is based on an analogous ground to those listed therein (a matter which the appellant also conceded). Marital status

précité, par. 66, renvoyant aux arrêts *Egan*, précité, par. 158-159, et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 87 :

> Le bénéfice mis en lumière par l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d'un avantage économique. Il doit aussi comprendre l'accès à un processus qui peut conférer un avantage économique ou autre . . .

En l'absence de présomption, les intéressés sont obligés d'apporter la preuve qu'ils ont contribué à l'acquisition et à l'entretien des biens, une preuve difficile à faire sans engager des frais juridiques plus élevés que dans les cas où s'applique la présomption de contribution et de bénéfice égaux.

87 Il faut également signaler que la *MPA* confère aux époux d'autres avantages qui n'existent ni dans d'autres lois ni en common law. Par exemple, le par. 6(1) et l'al. 11(1)a) accordent à chaque époux le droit de s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal. Aux termes du par. 3(1), [TRADUCTION] « foyer conjugal » s'entend du logement qu'occupent une personne et son « conjoint » et sur lequel au moins l'un d'eux détient un droit de propriété. Compte tenu de la définition du terme « conjoint » dans la *MPA*, cette loi ne confère pas cet avantage aux couples hétérosexuels non mariés.

88 Dans l'ensemble, ces personnes sont privées à la fois de l'accès à un processus susceptible de leur conférer un avantage (la présomption) et d'avantages directs, du seul fait qu'elles ne sont pas mariées. Je traiterai aussi plus en profondeur cette question à la troisième étape de l'analyse selon l'arrêt *Law*. Qu'il me suffise pour l'instant d'indiquer que les réparations offertes en common law se distinguent suffisamment de celles que prévoit la *MPA* pour démontrer l'existence d'une différence de traitement réelle en l'espèce.

2. Deuxième étape — Les motifs énumérés ou analogues

89 Bien qu'il n'y ait aucune mention de l'état matrimonial au par. 15(1) de la *Charte*, la distinction se fonde sur un motif analogue à ceux qui y sont énumérés (ce que l'appelant concède également).

was specifically recognized by this Court in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, to be an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter* (para. 156). In light of this Court's comments in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8, and in *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 41, it is now the law that once a ground is determined to be analogous, it is permanently regarded as analogous in all subsequent cases. As a result, the finding in *Miron*, *supra*, that marital status constitutes an analogous ground of discrimination binds this Court to make the same finding in this case.

Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour reconnaît expressément que l'état matrimonial est un motif analogue aux motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte* (par. 156). Compte tenu des commentaires formulés par la Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8, et *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 41, il est maintenant établi en droit qu'un motif reconnu comme motif analogue sera reconnu comme tel à titre permanent dans toute affaire ultérieure. Par conséquent, la constatation dans l'arrêt *Miron* que l'état matrimonial est un motif analogue de discrimination, oblige la Cour à tirer la même conclusion en l'espèce.

3. Step 3 — Substantive Discrimination

90 Given the appellant's concessions with respect to the first two steps, it has already been established that there exists formal discrimination in this case. The real question raised by this appeal is whether the distinction drawn in the *MPA* violates the purpose of s. 15(1) by drawing a distinction which has the effect of diminishing the claimant's dignity. Does this distinction reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being?

91 In *Law*, Iacobucci J. noted a number of contextual factors one should take into account at this stage of the analysis. I will review each of these factors first following which I shall enter into a review of other matters that ought to inform the analysis at this stage. I reiterate that this broader review is necessitated by the need to ensure that this claim be situated in its full legal, social, and historical context so as to ensure that the broad, remedial purpose of s. 15(1) is served. Simply looking at *Law*'s four contextual factors is not sufficient to accomplish this task in the present case.

92 In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. observed the following, at pp. 174-75:

3. Troisième étape — La discrimination réelle

Compte tenu de ce que l'appelant concède quant aux deux premières étapes, l'existence d'une discrimination formelle est déjà établie en l'espèce. La vraie question en l'instance consiste à déterminer si la distinction faite dans la *MPA* contrevient à l'objet du par. 15(1) en ce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la dignité de la demanderesse. Cette distinction traduit-elle une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées ayant pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que la demanderesse est moins capable ou est moins digne d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain?

Dans *Law*, le juge Iacobucci relève plusieurs facteurs contextuels à prendre en considération à cette étape de l'analyse. Je passerai d'abord en revue chacun de ces facteurs et j'examinerai ensuite d'autres considérations applicables à ce stade de l'analyse. Je dois répéter que cette étude générale est indispensable pour situer la revendication dans son contexte juridique, social et historique global, de façon à réaliser le large objectif réparateur du par. 15(1). Pour y parvenir, une analyse se limitant en l'espèce aux quatre facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* n'est pas suffisante.

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre fait la remarque suivante (aux p. 174-175) :

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

These comments were quoted with approval most recently in *Law*, *supra*, at para. 26. The reason such distinctions rarely escape the charge of discrimination is that groups sharing similar characteristics seldom have needs, desires and expectations that are so different from each other so as to justify treating them differently as a whole based on their membership in that group. Differential treatment is far easier to justify where the legislation provides benefits based on actual needs, merit and capacity. Are heterosexual unmarried cohabitants so different from married ones as a whole so as to justify denying all members of the group access to the benefits of the *MPA*? This question can only be answered by reference to the four factors enumerated in *Law* as well as the purpose of the *MPA*, the choice of marriage and non-marital cohabitation, the present sociological reality of multiple family structures, the current recognition cohabitants already enjoy at law, and the present inadequacies with those remedies currently available to separating cohabitants.

(a) *Pre-existing Disadvantage*

The existence of pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice is an important indicator that the claimant forms part of a group historically regarded as deserving less concern, respect, and consideration: see *Law*, *supra*, at para. 63. This vulnerability is exacerbated whenever the legislative provisions under scrutiny continue to draw a distinction on a ground touching on this pre-existing disadvantage: *M. v. H.*, *supra*, at para. 68.

With respect to the present case, this Court has recognized that unmarried heterosexual cohabitants have historically suffered a degree of vulnerability and disadvantage not experienced by married cohabitants. In *Miron*, *supra*, McLachlin J.

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

La Cour cite et approuve ces commentaires dans l'arrêt *Law*, précité, par. 26. Ces distinctions échappent rarement au reproche d'être discriminatoires, parce que des groupes partageant des caractéristiques similaires ont rarement des besoins, des désirs et des attentes à ce point différents les uns des autres qu'il est justifié de les traiter globalement de façon différente en raison de leur appartenance à ce groupe. Il est beaucoup plus facile de justifier une différence de traitement lorsque le texte législatif confère des avantages fondés sur des besoins, des mérites et des capacités réels. Les couples hétérosexuels non mariés sont-ils dans l'ensemble à ce point différents des couples mariés qu'il est justifié de leur refuser l'accès aux avantages que confère la *MPA*? On ne peut répondre à cette question qu'en tenant compte des quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Law*, de l'objet de la *MPA*, du choix entre le mariage et la cohabitation sans mariage, de la réalité sociologique actuelle de la multitude des structures familiales, de la reconnaissance que le droit accorde déjà aux cohabitants, ainsi que des lacunes actuelles des recours dont peuvent se prévaloir les cohabitants qui se séparent.

a) *Le désavantage préexistant*

93 La préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés est un indicateur important de l'appartenance à un groupe historiquement considéré comme méritant moins d'attention, de respect et de considération : *Law*, précité, par. 63. Cette vulnérabilité est exacerbée par le maintien, dans les textes législatifs contestés, d'une distinction fondée sur un motif lié à un désavantage préexistant : *M. c. H.*, précité, par. 68.

94 Pour ce qui est du présent pourvoi, la Cour a reconnu que les couples hétérosexuels non mariés ont historiquement souffert d'un degré de vulnérabilité et de désavantage que n'ont pas vécu les couples mariés. Dans *Miron*, précité, madame le juge

(as she then was) wrote the following, at para. 152:

> Persons involved in an unmarried relationship constitute an historically disadvantaged group. There is ample evidence that unmarried partners have often suffered social disadvantage and prejudice. Historically in our society, the unmarried partner has been regarded as less worthy than the married partner. The disadvantages inflicted on the unmarried partner have ranged from social ostracism through denial of status and benefits. In recent years, the disadvantage experienced by persons living in illegitimate relationships has greatly diminished. Those living together out of wedlock no longer are made to carry the scarlet letter. Nevertheless, the historical disadvantage associated with this group cannot be denied.

95 In the 1960s, marriage was the only legally recognized family form. As W. Holland points out, the few acknowledgments of the existence of unmarried cohabitants and their families tended to be scathing and insulting: "Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114, at p. 127. In 1936, C. Brinton, speaking on the topic of marriage and children, spelled out the following prevailing conception of marriage and its notional legitimacy:

> Bastardy and marriage in this world are quite supplementary — you cannot have one without the other. In another world, you may indeed separate the two institutions and eliminate one of them either by having marriage so perfect — in various senses — that no one will ever commit fornication or adultery, or by having fornication so perfect that no one will ever commit marriage. But these are definitely other worlds.
>
> (C. Brinton, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804* (1936), at p. 83, cited in J. D. Payne, "Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate: The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961" (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.)

96 Such notions creep into the case law as well. In *Gammans v. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140 (C.A.), the defendant resisted an order of possession by a landlord of property leased to a woman with whom the defendant had a close relationship lasting some 20 years. The relevant legislation required proof that

McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme au par. 152 :

> Les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé. De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l'ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. Au cours des dernières années, le désavantage subi par des personnes vivant en union illégitime a grandement diminué. Nous sommes loin du temps où elles étaient obligées d'afficher sur elles la lettre A (pour adultère). Néanmoins, on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe.

Dans les années 60, le mariage était le seul type de famille légalement reconnu. Comme le fait remarquer W. Holland, les rares fois où on a reconnu l'existence des couples non mariés et de leur famille tendaient à être marquées par des propos acerbes et insultants : « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 114, p. 127. En 1936, C. Brinton, parlant de mariage et d'enfants, exprimait ainsi la conception largement répandue du mariage et de sa légitimité théorique :

> [TRADUCTION] Bâtardise et mariage sont complémentaires — on ne peut avoir l'une sans l'autre. Dans un autre univers, vous pourriez bien sûr séparer les deux institutions et éliminer l'une d'elles en rendant le mariage si parfait que nul ne commettrait jamais ni adultère ni fornication ou en rendant la fornication si parfaite que nul ne contracterait jamais le mariage. Mais il s'agit indubitablement d'autres univers.
>
> (C. Brinton, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804* (1936), p. 83, cité par J. D. Payne dans « Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate : The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961 » (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.)

De telles conceptions se sont insinuées également dans la jurisprudence. Dans *Gammans c. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140 (C.A.), le défendeur contestait une ordonnance de mise en possession du propriétaire d'un bien-fonds loué à une femme avec qui le défendeur avait eu une relation intime

the defendant was a member of the tenant's "family" in order to make out any defence. In rejecting the defence, Asquith L.J. made the following comments (at pp. 141-42):

> If . . . the relationship involves sexual relations, it seems to me anomalous that a person can acquire a "status of irremovability" by having lived in sin, even if the liaison has been, not a mere casual encounter, but one protracted in time and conclusive in character. . . . To say of two people masquerading, as these two were, as husband and wife . . . that they were members of the same family, seems to me an abuse of the English language . . . .

Comments like these would have appeared perfectly acceptable to a society that regarded children born out of wedlock as bastards, for instance. In a society that associated unmarried cohabitation with sin or immorality, the recognition of these relationships as ones deserving respect and consideration would have been seen as absurd: see further Statistics Canada, *Report on the Demographic Situation in Canada 1996: Current Demographic Analysis* (1997), prepared by J. Dumas and A. Bélanger, at pp. 123-24, for their review of the historical treatment of unmarried heterosexual cohabitants.

In many respects, the pre-existing disadvantage faced by heterosexual unmarried cohabitants was mainly the result of omission. People living together outside of marriage were generally ignored: J. G. McLeod, Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166, at p. 168. Statistics showing the number of heterosexual unmarried cohabitants living in Canada were not available until 1981: Z. Wu, *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at p. 43. The 1991 Census contained the first questions ever asked specifically related to common-law status: see Statistics Canada, *Age, Sex, Marital Status and Common-law Status* (1999), at p. 40. These facts are perhaps not surprising when one considers that the first law reform reports dealing with attempts at providing for modern matrimonial property regimes in the late 1970s and early 1980s never dealt with heterosexual unmarried cohabitants. The one exception was New Brunswick where a discussion paper appeared in 1978 recommending the extension of some matrimonial

pendant environ 20 ans. La loi applicable exigeait que le défendeur prouve, en défense, qu'il appartenait à la « famille » de la locataire. Rejetant la défense, le lord juge Asquith a tenu les propos suivants (aux p. 141-142) :

> [TRADUCTION] Si [. . .] la relation comporte une intimité sexuelle, il me semble anormal qu'une personne puisse acquérir un « statut de non-expulsable » en ayant vécu dans le péché, même si la liaison était, non pas une aventure éphémère, mais une relation de longue durée et convaincante. [. . .] Il me semble exagéré d'affirmer que deux personnes qui se font passer pour mari et femme, comme ce fut le cas, [. . .] puissent être considérés membres d'une même famille . . .

De tels commentaires auraient paru tout à fait acceptables dans une société qui considérait notamment comme des bâtards les enfants nés hors mariage. Dans une société qui associait l'union libre au péché ou à l'immoralité, il aurait paru absurde de reconnaître que ces unions méritaient le respect et la considération : voir également Statistique Canada, *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996 : La Conjoncture démographique* (1997), préparé par J. Dumas et A. Bélanger, p. 128-129, pour un survol historique du traitement des couples hétérosexuels non mariés.

97 À de nombreux égards, le désavantage préexistant que subissaient les conjoints de fait hétérosexuels découlait principalement d'une omission. On ne tenait généralement pas compte des personnes faisant vie commune hors des liens du mariage : J. G. McLeod, Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166, p. 168. Jusqu'en 1981, aucune statistique n'existait sur le nombre de conjoints de fait hétérosexuels au Canada : Z. Wu, *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 43. Le recensement de 1991 est le premier à inclure des questions portant expressément sur les unions libres : voir Statistique Canada, *Âge, sexe, état matrimonial et union libre* (1999), p. 40. Ces faits ne sont peut-être pas étonnants si l'on considère qu'il n'a jamais été question des conjoints de fait hétérosexuels dans les premiers rapports de réforme du droit sur l'élaboration de régimes modernes de biens matrimoniaux à la fin des années 70 et au début des années 80. La seule exception est, au Nouveau-Brunswick, un

property rights to this group: see New Brunswick Department of Justice, Law Reform Division, Discussion Paper, *Matrimonial Property Reform for New Brunswick* (1978), at p. 24. None of the other law reform commissions appear to have turned their mind to the issue at all before the enactment of legislation in their respective provinces.

document de travail publié en 1978 recommandant d'étendre à ce groupe certains droits en matière de régime matrimonial : voir Nouveau-Brunswick, ministère de la Justice, Division de la réforme du droit, Document de travail, *Réforme du régime des biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick* (1978), p. 24. Aucune autre commission de réforme du droit ne paraît avoir abordé cette question préalablement à l'adoption des lois dans les juridictions respectives.

98 It is therefore clear that, notwithstanding recent strides made towards recognition, the extent of which I shall discuss further below, heterosexual unmarried cohabitants have historically suffered and continue to suffer, to some extent, from the existence of disadvantages associated with their non-marital status. The failure to recognize this in the *MPA* therefore contributes greatly to a loss of dignity for members of this group.

Il est donc clair que, malgré les récents progrès accomplis vers une reconnaissance dont j'examinerai l'étendue plus loin, les conjoints de fait hétérosexuels ont historiquement souffert et continuent de souffrir dans une certaine mesure de l'existence de désavantages liés à l'absence de lien matrimonial. Par conséquent, le défaut de la *MPA* de reconnaître cette réalité contribue grandement à l'atteinte à la dignité des membres de ce groupe.

(b) *Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances*

b) *Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur*

99 Under this heading, the Court is asked to consider the extent to which the legislation in question takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant: *Law*, *supra*, at paras. 69-70. In order to avoid an overly mechanical application of the *Law* factors, I would prefer to deal with the needs of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants later. In order to properly understand this matter, one must inquire into both their needs and the extent to which the law already accounts for them. It suffices to point out now that the disintegration of a long-term relationship of 10 years such as the one involved in the present case is one that creates a real need for a redistribution of wealth, both by means of support and division of assets. In *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, Cory J. observed at p. 1014 that the 12-year unmarried relationship involved in that case was by no means insignificant. According to him, such a relationship ought to give rise to mutual rights and obligations. By failing to accord the claimant a presumption of equal contribution and equal sharing, the *MPA* denies her access to the most expedient means of resolving the very

À ce stade, la Cour est appelée à évaluer dans quelle mesure la loi en question tient compte des besoins, des capacités ou de la situation véritables du demandeur : *Law*, précité, par. 69-70. Afin d'éviter une application trop machinale des facteurs énoncés dans *Law*, je préférerais examiner plus loin dans mes motifs les besoins de la demanderesse et de tous les conjoints de fait hétérosexuels. Afin de bien saisir cette question, il faut à la fois s'enquérir de leurs besoins et examiner dans quelle mesure la loi y satisfait déjà. Il suffit pour l'instant de dire que la rupture d'une longue relation de 10 ans, comme en l'espèce, crée le besoin réel d'une redistribution des biens, tant par le versement d'une pension alimentaire que par le partage des biens. Dans *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 1014, le juge Cory souligne que l'union de fait de 12 ans dont il était question n'avait rien de négligeable. Selon lui, cette union devrait créer des droits et obligations mutuels. En omettant de reconnaître à la demanderesse le bénéfice d'une présomption de contribution et de partage égaux, la *MPA* lui refuse l'accès aux moyens les plus avantageux de résoudre les questions très

difficult matters associated with the dissolution of a long-term relationship at a time where patience and emotional stability are at a premium. Instead, the *MPA* forces the claimant to make out her claim in equity, with all the attendant expense and problems of proof associated with such a claim. This contributes to a violation of the dignity of both the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants.

(c) *Ameliorative Purpose or Effects*

This factor involves a consideration of the *MPA*'s ameliorative purpose or effects upon a group or person more disadvantaged than the claimant or heterosexual unmarried cohabitants in general. There does not appear to be such an ameliorative aspect to the *MPA*. Instead, the present case is more akin to the situation in *M. v. H.*, *supra*, where Cory J. observed, at para. 71, that underinclusive ameliorative legislation which excludes from its scope the members of an historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see also *Law*, *supra*, at para. 72, referring to *Vriend*, *supra*, at paras. 94-104.

The present case does not involve an attempt by the legislature to allocate scarce resources among members of various disadvantaged groups. As the Court of Appeal commented at para. 58, including heterosexual unmarried cohabitants within the scope of the *MPA* will involve no cost consequences to both the government and married cohabitants. A reasonable individual possessing the claimant's attributes would infer from this that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants serves no ameliorative purpose and has no such beneficial effect. Instead, the absence of such attributes merely confirms the perception that the *MPA* constitutes an attack upon the dignity of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants.

(d) *Nature of the Interest Affected*

This final *Law* factor is clearly enunciated in *M. v. H.* at para. 72, as follows:

. . . the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without considering whether

difficiles liées à la rupture d'une longue relation, à un moment où patience et stabilité émotive revêtent une importance particulière. Au lieu de cela, la *MPA* oblige la demanderesse à présenter une réclamation en equity, avec tous les frais et difficultés de preuve qui y sont associés. Cela contribue à porter atteinte à la dignité de la demanderesse et de tous les couples hétérosexuels non mariés.

c) *L'objet ou l'effet d'amélioration*

100 Ce facteur exige l'examen de l'objet ou de l'effet d'amélioration de la *MPA* à l'égard d'un groupe ou d'une personne plus défavorisés que la demanderesse ou les conjoints de fait hétérosexuels en général. La *MPA* ne paraît pas comporter cet aspect d'amélioration. L'affaire ressemble davantage à la situation en cause dans l'arrêt *M. c. H.*, précité, dans lequel le juge Cory fait remarquer au par. 71 que des dispositions apportant une amélioration, mais de caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé échapperont rarement au reproche de discrimination : voir aussi *Law*, précité, par. 72, renvoyant à *Vriend*, précité, par. 94-104.

101 Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la législature tente de répartir des ressources limitées entre les membres de divers groupes défavorisés. Comme la Cour d'appel l'indique au par. 58, l'inclusion des conjoints de fait hétérosexuels dans le champ d'application de la *MPA* n'entraîne aucune conséquence financière pour le gouvernement ou pour les conjoints mariés. Une personne raisonnable présentant les caractéristiques de la demanderesse en déduirait que l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels ne sert aucun objet d'amélioration et ne produit aucun effet bénéfique. L'absence de ces caractéristiques ne fait que confirmer la perception que la *MPA* porte atteinte à la dignité de la demanderesse et de tous les conjoints de fait hétérosexuels.

d) *La nature du droit touché*

102 L'extrait suivant de l'arrêt *M. c. H.*, par. 72, expose clairement le dernier facteur de l'arrêt *Law* :

. . . on ne [peut] évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans vérifier si la

the distinction in question restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society, or constitutes a complete non-recognition of a particular group.

103 Cory J. observed that the interest protected by the legislation in that case, namely the right to spousal support, was fundamental in nature. Spousal support is an essential means by which individuals meet their basic financial needs following the dissolution of a relationship characterized by intimacy and economic interdependence. The same holds true for matrimonial property. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, I wrote at p. 849 that the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), requires a "fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown for both spouses, regardless of gender". I also observed earlier in those reasons that this equitable distribution can be achieved in many ways: by spousal support, child support, the division of property and assets, or a combination of these. Those comments apply with equal vigour to proceedings taken under various provincial statutes.

104 What these remarks demonstrate is that both spousal support and asset division serve the same purpose of alleviating the economic burden imposed by the dissolution of a longstanding relationship of intimacy and mutual economic dependence. Functionally, there is indeed no real dividing line between support obligations and those imposed by matrimonial property regimes: Holland, *supra*, at p. 153. It follows from this discussion that the *prima facie* right to an equal division of property and assets is of fundamental importance. Since the right to spousal support has already been recognized as fundamental, any other result would prove to be inconsistent. The fact that the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants are being denied such a fundamental right as opposed to a trivial one adds important weight to the argument that the *MPA* discriminates.

distinction en question restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne ou si elle a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier.

Le juge Cory précise que le droit que protégeait la loi en cause, le droit à une pension alimentaire, était de nature fondamentale. La pension alimentaire constitue un moyen essentiel permettant à une personne de subvenir à ses besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et l'interdépendance financière. Il en est de même des biens matrimoniaux. Dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 849, je note que la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^{e} suppl.), exige « un partage juste et équitable des ressources afin d'alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux époux, sans distinction de sexe ». Plus tôt dans ces motifs, je fais également observer qu'un partage équitable peut se faire de diverses façons : par une pension alimentaire au profit de l'époux ou des enfants, par la répartition des biens et des actifs ou par la combinaison de ces moyens. Ces observations s'appliquent tout aussi bien aux procédures engagées en vertu de diverses lois provinciales.

Ces remarques démontrent que l'attribution d'une pension alimentaire et la répartition des actifs servent tous deux la même fin : l'allègement du fardeau économique créé par la rupture d'une longue relation d'intimité et d'interdépendance économique. Fonctionnellement, il n'existe en effet aucune ligne de démarcation réelle entre les obligations alimentaires et celles imposées par les régimes matrimoniaux : Holland, *loc. cit.*, p. 153. Il découle de cette analyse que le droit présumé à la répartition égale des biens et des actifs revêt une importance fondamentale. Puisqu'on a déjà reconnu le caractère fondamental du droit à une pension alimentaire, tout autre résultat serait incohérent. Le fait que la demanderesse et tous les couples hétérosexuels non mariés soient privés de ce droit fondamental, plutôt que d'un droit mineur, ajoute beaucoup de poids à l'argument selon lequel la *MPA* est discriminatoire.

(e) *Recognizing Contributions to Non-marital Relationships — The Purpose of the MPA*

At para. 35, my colleague Bastarache J. stresses the importance of distinguishing between the intentions of married persons and heterosexual unmarried cohabitants upon entering into their respective relationships:

> . . . the most important aspect of this question is not whether the situation in which Walsh and Bona found themselves at the time of trial was similar to that of married persons, but whether persons entering into a conjugal relationship without marrying are in fact entering into a relationship on the same terms as persons who marry.

In effect, the appellant's position was that it was constitutionally justified in treating two different relationships differently, most notably by giving effect to the intentions of those entering into the two types of conjugal relationships involved. The Court of Appeal instead chose to focus on whether the complete non-recognition of the contributions made by heterosexual unmarried cohabitants to their relationship constituted discrimination. Given the purpose of the *MPA*, I believe that the Court of Appeal's focus on this crucial point was sound. In this section, I will deal with the purpose of the *MPA* and the non-recognition of contributions made by non-married persons. In doing so, I am mindful of McLachlin J.'s comments in *Miron*, *supra*, at para. 134, that the goal under s. 15(1) is to examine the actual impact of the distinction on the members of the targeted group (in this case, heterosexual unmarried cohabitants). In section (f), I will focus on the notion of intention in the formation of relationships.

(i) Purpose of the *MPA* — Recognizing a Need

Prior to the enactment of the predecessor to the *MPA* and to all matrimonial property statutes in the various provinces, the situation for married spouses was a grim one in Canada. At the time, common law provinces administered the regime of separate property. The concept of separate property was simply that each party to a marriage retained title to their

e) *Reconnaître les contributions apportées à l'union de fait — L'objet de la MPA*

Dans ses motifs, mon collègue le juge Bastarache souligne au par. 35, l'importance de la distinction à faire entre l'intention des personnes mariées et celle des conjoints de fait hétérosexuels au moment de former l'union : 105

> . . . l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si M^me^ Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient.

En fait, l'appelant soutient qu'il est justifié sur le plan constitutionnel de traiter différemment deux relations différentes, tout particulièrement en donnant effet aux intentions des personnes qui décident de former l'une ou l'autre des unions conjugales en cause. La Cour d'appel a choisi d'examiner plutôt si le fait d'ignorer complètement les contributions apportées par les conjoints de fait hétérosexuels à leur union constituait une pratique discriminatoire. Compte tenu de l'objet de la *MPA*, j'estime que la Cour d'appel avait raison de mettre l'accent sur ce point crucial. Dans la présente partie, je traiterai de l'objet de la *MPA* et de la non-reconnaissance des contributions apportées par les conjoints de fait. Ce faisant, je garde à l'esprit l'observation de madame le juge McLachlin dans *Miron*, précité, par. 134, selon laquelle l'objectif, dans le cadre du par. 15(1), est d'apprécier l'incidence réelle de la distinction sur les membres du groupe visé (en l'occurrence les conjoints de fait hétérosexuels). Dans la partie f), j'étudierai le concept de l'intention lors de la formation de l'union.

(i) L'objet de la *MPA* — Reconnaître un besoin

Avant l'adoption du prédécesseur de la *MPA* et de toutes les lois provinciales en matière de régimes matrimoniaux, la situation des conjoints mariés au Canada était déplorable. À l'époque, les provinces de common law appliquaient le régime de séparation de biens. Suivant ce régime, les époux conservaient le titre de propriété sur leurs biens respectifs tant 106

respective property both during the marriage and after its dissolution. Separate property was a revolutionary concept developed in the late 19th century as a means of ending the oppression caused by common law matrimonial property laws then in existence. Those earlier laws subordinated any interest the wife would normally have to property to that of her husband with the husband becoming the sole owner of any property belonging to the wife: Nova Scotia Law Reform Advisory Commission, *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective* (1975), at pp. 2-3.

107 Under such a regime, the end of a marriage meant that each partner walked away with all of the property in which they had title or in which they were regarded as the legal owner. The problems this created were real, but far less acknowledged in a society where the incidence of divorce was somewhat low. After the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, was enacted in 1968, divorce became more common as a social phenomenon. With divorce came the economic problems associated with it and resulting court challenges to redress those situations. At first, claims to a share in property belonging to the other spouse fell on deaf ears. In the notorious case of *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423 (Laskin J. (as he then was), dissenting), this Court refused to allow a wife of 25 years to obtain any interest in the property, the title to which was held in her husband's name. All claims in equity and partnership failed. Despite one successful attempt by this Court a few years later to redress this shameful situation, in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, the result in *Murdoch* served as the ultimate catalyst for legislative reform of existing separate property regimes.

108 The roots of these reforms can be traced back to a desire to ensure that the contributions of each spouse to the marital relationship be recognized. In 1970, the Royal Commission on the Status of Women in Canada issued a report dealing with a considerable number of issues relevant to women at

pendant le mariage qu'après sa dissolution. Le concept révolutionnaire de la séparation de biens a été élaboré à la fin du 19e siècle pour mettre un terme à l'oppression résultant des régimes matrimoniaux dans la common law de l'époque. Ceux-ci assujettissaient tout droit de propriété que l'épouse aurait normalement détenu à celui de son époux, qui devenait l'unique propriétaire des biens de l'épouse : Nova Scotia Law Reform Advisory Commission, *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia : An Historic Perspective* (1975), p. 2-3.

Sous ce régime, la dissolution du mariage signifiait que chaque époux reprenait tous les biens sur lesquels il avait un titre de propriété ou dont il était considéré le propriétaire juridique. Les problèmes qui en résultaient étaient substantiels mais beaucoup moins reconnus dans une société où le divorce était assez rare. Après l'adoption de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24, en 1968, le divorce est devenu un phénomène social plus répandu. Le divorce a donné lieu à des problèmes économiques connexes ainsi qu'à des contestations judiciaires visant à y remédier. Initialement, les demandes de partage des biens appartenant à l'autre conjoint sont restées vaines. Dans le célèbre arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423 (le juge Laskin (plus tard Juge en chef), dissident), la Cour a refusé de permettre à une femme, qui avait été mariée pendant 25 ans, d'obtenir un intérêt dans les biens-fonds inscrits au nom de son mari. Toutes les revendications fondées sur l'equity et sur l'existence d'un partenariat avaient échoué. Bien que la Cour ait réussi quelques années plus tard à remédier à cette situation scandaleuse dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, c'est le résultat de l'arrêt *Murdoch* qui a été le catalyseur de la réforme législative des régimes existants de séparation de biens.

Ces réformes tirent leur origine du désir de s'assurer que les contributions de chaque conjoint à l'union matrimoniale soient reconnues. En 1970, la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme a publié un rapport sur de nombreuses questions concernant les femmes. Une part importante

the time. In this report, a significant part dealt with the issue of matrimonial property law. The following recommendation was drafted:

. . . we recommend that those provinces and territories, which have not already done so, amend their law in order to recognize the concept of equal partnership in marriage so that the contribution of each spouse to the marriage partnership may be acknowledged and that, upon the dissolution of the marriage, each will have a right to an equal share in the assets accumulated during marriage. . . .

(Royal Commission on the Status of Women in Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970), at p. 246)

It is clear from this passage that the principal consideration animating the attempt to reform the law of property in this area was the desire to recognize and acknowledge the contribution of each spouse to the marriage. Implicit in this statement is the understanding that existing property laws did not adequately serve those purposes.

In 1975, Canada's Law Reform Commission echoed these sentiments in a working paper. It went even further by stating that the existing regime of separate property constituted an affront to the dignity and worth of the spouse whose contributions are not recognized:

Marriage almost invariably creates a differentiation in functions between the partners. Application to a family unit of the ordinary property laws that exist in a separate property jurisdiction fails to recognize this fact. The result is not only economic inequality but also a denial of the legal dignity and worth of the spouse who raises the children and works in the home rather than taking outside employment. [Emphasis added.]

(Law Reform Commission of Canada, Working Paper, *Studies on Family Property Law* (1975), at p. 41)

In response to these fervent criticisms of existing property laws and to the injustices caused by their application in cases such as *Murdoch*, Canada's provinces and territories enacted legislation recognizing marriage as a socio-economic

de ce rapport traitait des régimes matrimoniaux et a donné lieu à la recommandation suivante :

. . . la Commission recommande que les provinces et territoires qui ne l'ont pas encore fait modifient leurs lois afin de reconnaître le principe d'association à part égale dans le mariage, de sorte que l'on tienne compte de la contribution de chaque époux à l'association du mariage et que, lors de la dissolution du mariage, ils aient des droits égaux aux biens acquis durant le mariage . . .

(Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada* (1970), p. 278)

Il ressort clairement de cet extrait que la considération principale qui a donné l'impulsion à la réforme du droit des biens en la matière était la volonté d'admettre et de reconnaître la contribution de chaque époux au mariage. Il indique implicitement que le droit qui s'appliquait alors en matière de biens ne servait pas adéquatement ces fins.

109 En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a fait écho à cette opinion dans un document de travail. Elle est même allée plus loin, jusqu'à affirmer que le régime existant de séparation de biens était un affront à la dignité et à la valeur de l'époux dont les contributions n'étaient pas reconnues :

Le mariage entraîne presque inévitablement une distribution des rôles entre les époux. Le droit commun qui s'applique en matière de biens à la cellule familiale dans le cadre des régimes de séparation de biens n'en tient aucun compte. Il s'ensuit non seulement une inégalité sur le plan économique mais aussi le refus de reconnaître les droits, la dignité et la valeur de l'époux qui élève les enfants et s'occupe des soins ménagers par rapport à celui qui travaille à l'extérieur. [Je souligne.]

(Commission de réforme du droit du Canada, document de travail, *Études sur le droit des biens de la famille* (1975), p. 43)

110 En réponse à ces critiques ardentes du droit des biens alors en vigueur et des injustices causées par son application dans des arrêts comme *Murdoch*, les provinces et les territoires du Canada ont adopté des lois visant à reconnaître le mariage comme un

partnership. This recognition took the form of a presumption of equal entitlement to a specific set of assets, which presumption would apply on the breakdown of the marital relationship. Nova Scotia enacted its first matrimonial property legislation in 1980, the predecessor to the *MPA*: see the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9.

partenariat socio-économique. Cette reconnaissance s'est traduite par une présomption d'égalité du droit à un ensemble défini de biens, présomption qui s'appliquait à la rupture du lien conjugal. La Nouvelle-Écosse a adopté sa première loi sur les régimes matrimoniaux en 1980, la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9, le prédécesseur de la *MPA*.

111 The preamble to the *MPA* and to its predecessor contains the following pronouncements:

Le préambule de la *MPA*, comme celui de la loi qui l'a précédée, énonce ce qui suit :

WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

[TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;

ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;

ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;

. . .

. . .

AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets;

ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage.

112 In stark and simple terms, the preamble depicts a desire to recognize the contribution made by each spouse to the relationship and to the family, such contribution taking on the form of childcare, household management, and financial support. These three facets are acknowledged to be the joint responsibility of each spouse. In recognition of this joint responsibility and its discharge, the legislation presumes an equal entitlement to the matrimonial assets. The central theme, clearly, is the recognition of all contributions made by both spouses to the care and support of the family, it being stated that the family is central to society.

En termes clairs et nets, le préambule traduit le désir de reconnaître la contribution apportée par chaque époux à l'union et à la famille, que ce soit au chapitre du bien-être des enfants, de la gestion du foyer conjugal ou des ressources financières. Ces trois aspects sont reconnus comme relevant de la responsabilité solidaire des époux. En raison de cette responsabilité solidaire et du devoir des époux de s'en acquitter, la loi présume l'égalité des droits sur les biens matrimoniaux. Il est clair qu'en déclarant que la famille se situe au cœur de la société, le thème principal du préambule est la reconnaissance des contributions apportées par les deux conjoints au bien-être des enfants et au soutien de la famille.

113 In *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at p. 807, Wilson J. wrote that the *MPA*'s predecessor is "remedial in nature". She further states that

Dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, p. 807, madame le juge Wilson mentionne la « nature réparatrice » de la loi qui a précédé la

the statute was designed "to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized". I pause here to observe that the *MPA* is designed to be gender neutral. It recognizes the contribution made by both the male and female spouse. Wilson J.'s comments merely reflect the reality that the pre-*MPA* property regime had a greater prejudicial effect on women than on men. Finally, Wilson J. holds that this purpose must be borne in mind and the *MPA* must be given "a broad and liberal construction which will give effect to that purpose". I agree with these comments, given my review of the historical context giving rise to the enactment of the first matrimonial property statutes. The statutes are remedial in nature. In effect, a remedial statute is one that recognizes a need and remedies it.

MPA. Elle précise en outre que cette loi visait à « pallier les iniquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n'était pas reconnue ». Je m'arrête un instant pour signaler que le libellé de la *MPA* n'établit aucune distinction fondée sur le sexe. Elle reconnaît la contribution apportée par le conjoint, homme ou femme. Les commentaires du juge Wilson reflètent simplement le fait que le régime de biens antérieur à la *MPA* avait un effet préjudiciable plus important sur les femmes que les hommes. Enfin, le juge Wilson estime qu'il faut tenir compte de cet objet et donner à la *MPA* « l'interprétation large et libérale qui donnera effet à son objet ». Je souscris à ces commentaires, compte tenu de la revue que je fais du contexte historique qui a mené à l'adoption des premières lois relatives aux biens matrimoniaux. Ces lois sont de nature réparatrice. Une loi réparatrice est une loi qui reconnaît un besoin et y répond.

Similar comments have been expressed by this Court on other occasions involving related pieces of legislation. As I note earlier, I wrote in *Moge*, *supra*, at p. 849, that the *Divorce Act* is designed to alleviate the economic burden created by the dissolution of the marital relationship. In *M. v. H.*, *supra*, at para. 93, Iacobucci J. identified several purposes served by the spousal support provisions in Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. These included lessening the burden on the public purse that would otherwise result without spousal support, and providing for a fair and equitable resolution to disputes arising upon the dissolution of the relationship. The preamble to Ontario's *Family Law Act* is written in much the same way as the preamble to the *MPA*. Both are designed to recognize a need, namely the need for an equitable resolution to the dissolution of the relationship and the need to ensure that the public does not needlessly pay the costs associated with this breakdown. Both recognize this need through different means. In the case of the *MPA*, this is through a presumption of equal property sharing while in Ontario, the statute covers spousal support, child support, and the division of property. The consistent message from this Court is that

114 La Cour a tenu des propos semblables dans d'autres arrêts portant sur des textes législatifs connexes. Ainsi, dans *Moge*, précité, p. 849, j'écris que la *Loi sur le divorce* vise à alléger les conséquences économiques qu'entraîne la dissolution du mariage. Dans *M. c. H.*, précité, par. 93, le juge Iacobucci relève plusieurs objectifs servis par les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints dans la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, notamment alléger le fardeau financier que l'État devrait autrement supporter en l'absence d'obligation alimentaire et assurer un règlement juste et équitable des différends survenant à la rupture de l'union. Le préambule de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario et celui de la *MPA* ont un libellé assez similaire. Tous deux visent à reconnaître un besoin, celui de parvenir à un règlement équitable à la dissolution de l'union et d'assurer que le public n'assumera pas inutilement les coûts rattachés à cette rupture. Les deux reconnaissent cette nécessité par des moyens différents. La *MPA* établit une présomption de partage égal des biens, alors que la loi ontarienne prévoit une obligation alimentaire entre conjoints et au profit des enfants et le partage des biens. La Cour a constamment affirmé que les lois familiales de ce type étaient de nature

family legislation of this type is remedial in that it recognizes a need and provides for its relief.

115 This remedial interpretation is further supported by reference to the fact that the presumption of equal sharing only arises when the relationship comes to an end:

> The right to equal division arises only at the *end* of a marriage. Before then, each spouse retains title to whatever property is in their name, and they may freely dispose of it without the consent of the other spouse. [Emphasis in original.]
>
> (Law Reform Commission of Nova Scotia, *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act* (1996), at p. 7)

Until the relationship has ended, there is no need for wealth redistribution of the kind contemplated by the *MPA*. The need the legislation addresses is one that only arises when the relationship is terminated.

116 This need is further illustrated by the desire to avoid diverting funds from the public purse in order to support separated individuals. It is no secret that divorce increases the likelihood that one of the divorced spouses will fall below the poverty line. This problem is no different for heterosexual unmarried cohabitants who experience the end of their relationship. In a report released in 1992, one author noted that:

> . . . the end of a marriage or common-law relationship increased the likelihood of poverty substantially. For those who were married and had children, the risk of poverty rose from 3.1 per cent to 37.6 per cent after divorce or separation. . . . In 1982-86, the family income of women (adjusted for changes in family size) dropped by an average of about 30 per cent in the year after their marriage ended. [Emphasis added.]
>
> (T. Lempriere, "A New Look at Poverty" (1992), 16 *Perceptions* 18, at pp. 19-20, cited in M. J. Mossman, "'Running Hard to Stand Still': The Paradox of Family Law Reform" (1994), 17 *Dal. L.J.* 5, at p. 6)

117 The goal of matrimonial property regimes, and indeed the goal of family law generally, is a redistribution of economic resources on the

réparatrice en ce qu'elles reconnaissaient un besoin et visaient à y répondre.

Cette nature réparatrice est confirmée aussi par le fait que la présomption de partage égal n'entre en jeu qu'à la rupture de l'union :

> [TRADUCTION] Le droit à un partage égal ne naît qu'à la *fin* du mariage. Jusque là, chaque conjoint conserve son titre de propriété sur tout bien inscrit en son nom et peut en disposer librement sans le consentement de l'autre. [En italique dans l'original.]
>
> (Law Reform Commission of Nova Scotia, *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act* (1996), p. 7)

Avant la fin de l'union, il n'est pas nécessaire de procéder à une redistribution des biens comme celle que prévoit la *MPA*. Le besoin que cherche à combler la loi ne naît qu'à la rupture de l'union.

Ce besoin s'exprime aussi dans le désir d'éviter la réaffectation de fonds publics pour aider les personnes séparées. Il est bien connu que le divorce accroît la probabilité qu'un des conjoints divorcés vivra au-dessous du seuil de pauvreté. Ce problème touche de la même façon les conjoints de fait hétérosexuels qui vivent une rupture. Dans un rapport publié en 1992, un auteur affirme :

> [TRADUCTION] . . . la rupture d'un mariage ou d'une union de fait avait sensiblement accru le risque de pauvreté. Pour les personnes mariées ayant des enfants, le risque de pauvreté augmentait de 3,1 p. 100 à 37,6 p. 100 après un divorce ou une séparation. [. . .] Entre 1982 et 1986, le revenu familial des femmes (ajusté pour tenir compte de la nouvelle taille de la famille) avait chuté en moyenne d'environ 30 p. 100 l'année suivant la fin de leur mariage. [Je souligne.]
>
> (T. Lempriere, « A New Look at Poverty » (1992), 16 *Perceptions* 18, p. 19-20, cité dans M. J. Mossman, « "Running Hard to Stand Still" : The Paradox of Family Law Reform » (1994), 17 *Dal. L.J.* 5, p. 6)

Les régimes matrimoniaux, tout comme le droit de la famille en général, visent la redistribution des ressources économiques après la dis-

breakdown of the family. While the relationship is a going concern, this redistribution is presumed to occur automatically. Family law only steps in on dissolution to distribute resources and alleviate economic burdens: see G. G. Blumberg, "The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265, at p. 1266. The preamble, this Court's previous statements concerning the goals of matrimonial property and similar legislation, the prevention of poverty, and the use of public funds all point to one purpose for the *MPA*, that of recognizing the problems that erupt at the end of the relationship and redistributing wealth to ensure that these problems are resolved. Infused in this interpretation is the notion that both parties have contributed to the relationship and that, in recognition of this contribution, wealth will be presumed to be distributed to each party equally.

(ii) The Needs of Heterosexual Unmarried Cohabitants

This brings me to the central theme of this factor. I hold that heterosexual unmarried cohabitants experience similar needs as their married counterparts when the relationship comes to an end. In this sense, the relationships are functionally equivalent. Since the purpose of the *MPA* is to recognize this need and to alleviate it, limiting the recognition to married cohabitants implies that the needs of heterosexual unmarried cohabitants are not worthy of the same recognition solely because the people in need have not married. Further, the *MPA* equal presumption is based on the recognition of the contribution made by both spouses to the family. Functionally, spouses contribute to various types of families. Failing to recognize the contribution made by heterosexual unmarried cohabitants is a failure to accord them the respect they deserve. This failure diminishes their status in their own eyes and in those of society as a whole by suggesting that they are less worthy of respect and consideration. Their dignity is thereby assaulted: they are the victims of discrimination.

solution de l'union. Tant que dure l'union, cette répartition est présumée s'effectuer automatiquement. Le droit de la famille n'intervient qu'après la rupture pour redistribuer les ressources et alléger le fardeau économique : voir G. G. Blumberg, « The Regularization of Nonmarital Cohabitation : Rights and Responsibilities in the American Welfare State » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265, p. 1266. Le préambule de la *MPA*, les déclarations antérieures de la Cour sur l'objectif des lois sur les biens matrimoniaux et de lois similaires, la prévention de la pauvreté ainsi que l'utilisation des fonds publics confirment tous un objectif unique de la *MPA*, la reconnaissance des problèmes qui surgissent à la rupture de l'union et la redistribution des ressources en vue de résoudre ces problèmes. Cette interprétation se fonde sur la notion que les deux parties ont contribué à l'union et qu'il faut présumer, en reconnaissance de cette contribution, le partage égal des biens entre les conjoints.

(ii) Les besoins des conjoints de fait hétérosexuels

118 Cela m'amène au thème central de l'analyse de ce facteur. Je conclus que, à la rupture de l'union, les conjoints de fait hétérosexuels ont des besoins semblables à ceux des conjoints mariés. En ce sens, les deux types d'unions sont fonctionnellement équivalents. Puisque la *MPA* vise à reconnaître ces besoins et y répondre, le fait qu'elle ne protège que les conjoints mariés implique que les besoins des conjoints de fait hétérosexuels ne méritent pas la même reconnaissance pour la seule raison qu'ils ne sont pas mariés. En outre, la présomption d'égalité de la *MPA* se fonde sur la reconnaissance de la contribution apportée par chacun des conjoints à la famille. D'un point de vue fonctionnel, les conjoints contribuent à des types de familles très diverses. Ne pas reconnaître la contribution apportée par les conjoints de fait hétérosexuels équivaut à les priver du respect qu'ils méritent. Cette non-reconnaissance diminue leur statut à leurs propres yeux et aux yeux de l'ensemble de la société parce qu'elle suggère qu'ils sont moins dignes de respect et de considération. Ils sont touchés dans leur dignité : ils sont victimes de discrimination.

119 In the past 20 years, Canada has seen a remarkable increase in the number of people living together in unmarried relationships. The number of families involving two unmarried parents has also greatly increased. Canadian society is therefore at a stage where it is no longer realistic to talk about familial bonds, the socialization of children, and all other aspects of the family in a "married couples only" vacuum. The reality of modern society dictates a richer understanding of the various forms of familial relations in this country and the shedding of the idea that family life is reserved to one particular conception of what is deemed to be an acceptable family model.

120 Support for this change in family structures can be gleaned from a number of surveys and related materials. In 1997, Statistics Canada published its report on the data gathered in the 1996 census related to "common-law unions": see Statistics Canada, *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families* (1997). Parts of this report are reproduced by the Court of Appeal. In 1996, 920,635 "common-law couple families" were counted, up 28 percent from 1991. This meant that one couple in seven in Canada was living "common-law". Comparatively, only one couple in 16 was in a common-law union in 1981: see Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 4. The Census defines common-law partners as "two persons of opposite sex who are not legally married to each other, but live together as husband and wife in the same dwelling" (Statistics Canada, *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families*, *supra*, at p. 2). In Nova Scotia, approximately 10 percent of all families counted in 1996 were common-law families.

121 I also note that the 1996 Census counted 1,827,285 persons living in common-law unions. At the same time, 13,509,895 people were living in couples generally. As a result, 13.53 percent of people living in couples lived in a common-law union. In Nova Scotia, there were 430,095 people living in couples in 1996. 47,925 of these people (or 11.14 percent) lived in common-law unions: see Statistics Canada, *Age, Sex, Marital Status and*

Au cours des 20 dernières années, le nombre de personnes vivant en union de fait au Canada a augmenté de façon saisissante. Le nombre de familles comptant deux parents non mariés a aussi considérablement augmenté. La société canadienne se situe donc à une étape où il n'est plus réaliste de parler de liens familiaux, de socialisation des enfants et de tous les autres aspects de la famille uniquement dans le contexte des « couples mariés ». La réalité de la société moderne exige une meilleure compréhension des formes très diverses des relations familiales au Canada et l'abandon de l'idée que la vie de famille est réservée à une seule conception particulière de ce qui est réputé constituer un modèle de famille acceptable.

Un certain nombre de sondages et de documents connexes confirment ce changement dans les structures familiales. En 1997, Statistique Canada a publié son rapport sur les données du recensement de 1996 relativement aux « unions libres » : voir Statistique Canada, *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles* (1997). La Cour d'appel reproduit des extraits de ce rapport. En 1996, on a dénombré 920 635 « familles de couples vivant en union libre », une hausse de 28 p. 100 depuis 1991. Cela signifie qu'un couple sur sept au Canada vivait en « union libre ». Par contraste, en 1981, un couple sur 16 seulement vivait en union libre : voir Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 4. Le recensement définit les partenaires vivant en union libre comme « deux personnes de sexe opposé qui vivent ensemble comme époux et épouse dans le même logement sans être légalement mariées l'une à l'autre » (Statistique Canada, *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles*, *op. cit.*, p. 2). En Nouvelle-Écosse, environ 10 p. 100 de toutes les familles dénombrées en 1996 vivaient en union libre.

Je note aussi que le recensement de 1996 a dénombré 1 827 285 personnes vivant en union libre. Cette année-là, 13 509 895 personnes vivaient en couple. Par conséquent, 13,53 p. 100 des couples vivaient en union libre. En Nouvelle-Écosse, 430 095 personnes vivaient en couples en 1996, dont 47 925 (ou 11,14 p. 100) en union libre : voir Statistique Canada, *Âge, sexe, état matrimonial et union libre*, *op. cit.*, p. 33-34. Il est intéressant de

Common-law Status, *supra*, at p. 34. Interestingly, among all Canadians only 713,210 people lived in a common-law union in 1981: Wu, *supra*, at p. 43.

noter qu'en 1981, 713 210 Canadiens seulement vivaient en union libre : Wu, *op. cit.*, p. 43.

More interestingly, nearly 40 percent of all people aged 15 to 29 living as a couple lived in a common-law union in 1996. The number was only 30 percent in 1991. The growth in the number of people living in non-marital relationships does not appear to be diminishing. If anything, this statistic signals an increased trend away from marriage towards unmarried cohabitation relationships. For example, between 1990 and 1994, the number of first-union marriages formed in Canada (Quebec excluded) equalled the number of first-union common-law unions formed: Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 4. During that same period, the ratio was four to one in favour of new common-law unions in Quebec. Dumas and Bélanger postulate that if the same rate of growth is maintained for marriage and non-marital unions, the number of married couples will equal the number of common-law couples in Canada by 2022 (p. 130).

122 Fait encore plus intéressant, près de 40 p. 100 des couples formés de personnes âgées entre 15 et 29 ans vivaient en union libre en 1996. Ce pourcentage n'était que de 30 p. 100 en 1991. Le nombre croissant de personnes en union de fait ne semble pas diminuer. Au contraire, les statistiques révèlent que le mariage tend à laisser place à l'union de fait. Par exemple, entre 1990 et 1994, au Canada, le nombre de mariages contractés pour la première fois (à l'exclusion du Québec) correspondait au nombre d'unions de fait formées pour la première fois : Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 4. Au cours de la même période, le rapport était de un sur quatre en faveur des nouvelles unions de fait au Québec. Dumas et Bélanger formulent l'hypothèse que si le taux de croissance se maintient pour le mariage et les unions libres, le nombre de couples mariés égalera le nombre de couples en union libre au Canada en 2022 (p. 134).

The Census report noted above further details the growing change in Canadian society by reference to the increasing number of children born to heterosexual unmarried cohabitants. In 1996, 735,565 children were living in "common-law couple families". This represented a significant increase of 52 percent over the same number of such children in 1991.

123 Ce rapport de recensement donne de plus amples renseignements sur l'évolution de la société canadienne par la référence au nombre croissant d'enfants nés de conjoints de fait hétérosexuels. En 1996, 735 565 enfants vivaient dans des « familles de couples vivant en union libre », soit une augmentation importante de 52 p. 100 par rapport à 1991.

Many of these trends are further reflected in the latest statistical data. In 2001, nearly 14 percent of all Canadian families were classified as "common-law families", up from the 13.53 percent mark set five years earlier: see Statistics Canada, *Profile of Canadian families and households: Diversification continues* (2002), at p. 24. In Nova Scotia, the percentage of families labelled as "common-law families" went up from 9.5 percent to 11.4 percent.

124 Plusieurs de ces tendances se retrouvent dans les données statistiques les plus récentes. En 2001, près de 14 p. 100 de toutes les familles canadiennes relevant de la catégorie des « familles de couples vivant en union libre », en augmentation par rapport à 13,53 p. 100 cinq ans plus tôt : voir Statistique Canada, *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se pousuit* (2002), p. 28. En Nouvelle-Écosse, le pourcentage de familles dans la même catégorie est passé d'environ 9,5 p. 100 à 11,4 p. 100.

What these statistics indicate in a nutshell is that the phenomenon of non-marital cohabitation is by no means an isolated one. Increasingly, Canadians have come to live in non-marital relationships.

125 En résumé, ces statistiques indiquent que la cohabitation en union libre est loin d'être un phénomène isolé. De plus en plus, les Canadiens vivent en union de fait. Aussi, ils choisissent de plus en plus

Further, they are choosing more and more to raise their children within these relationships. Based on these and other statistics, several authors have advocated for the redefinition of what is meant by the term "family". Wu's conclusion, *supra*, at pp. 88-89, is simple:

> The rise in non-marital fertility and the decline in teen fertility are consistent with my unconfirmed view that much of the increase in non-marital fertility in recent decades may have been largely a consequence of the increase in non-marital cohabitation and that more and more children have been born into cohabiting families over time. If I am correct, then cohabitation is slowly but surely becoming a substitute for legal marriage as a social institution where children are born, raised, and socialized to become members of our society. [Emphasis added.]

A similar conclusion is reached by Dumas and Bélanger: "[t]he common-law union is no longer a trial period of living together, but increasingly a substitute for marriage" (p. 154).

126 The increased incidence of heterosexual unmarried cohabitation as a means by which children are raised and socialized and as a form of economic, emotional and social interdependence dictates some form of recognition of the functional equality displayed by both heterosexual married and unmarried cohabitants. The family is no longer an institution reserved for married persons. In essence, the family is a matrix of relationships through which values are transmitted, members are socialized, and children are raised. Disregarding the matrix because two of its members are unmarried fails to take into account the social reality that the same incidents of interdependence are faced by both the married and the unmarried living together in these relationships.

127 I am not the first to say this. In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, the Court was faced with an attempt by two heterosexual unmarried cohabitants to extend the equitable principles developed in *Rathwell*, *supra*, for married couples to those not legally married. Dickson J., as he then was, saw no reason not to grant this request: "I see no

d'élever leurs enfants à l'intérieur de ces unions. Sur le fondement de ces statistiques et d'autres, plusieurs auteurs ont préconisé que soit redéfini le terme « famille ». La conclusion de Wu, *op. cit.*, est simple, aux p. 88-89 :

> [TRADUCTION] La hausse de fécondité dans les unions de fait et la baisse de fécondité chez les adolescents sont compatibles avec mon point de vue non confirmé que la hausse de fécondité dans les unions de fait au cours des dernières décennies est en grande partie attribuable à l'augmentation de la cohabitation en union libre et que de plus en plus d'enfants sont nés dans des familles vivant en cohabitation. Si j'ai raison, la cohabitation devient alors lentement mais sûrement un substitut du mariage légal en tant qu'institution sociale à l'intérieur de laquelle des enfants naissent, sont élevés et socialisent pour devenir membres de la société. [Je souligne.]

Les auteurs Dumas et Bélanger arrivent à une conclusion similaire : « L'union libre n'est plus essentiellement une période de mise à l'essai de la vie à deux, mais de plus en plus un substitut du mariage » (p. 160).

Vu le nombre grandissant d'unions de fait hétérosexuelles comme cadre d'éducation et de socialisation des enfants et comme type d'interdépendance économique, émotive et sociale, il est impérieux de conférer une certaine reconnaissance à l'égalité fonctionnelle des couples mariés et des couples hétérosexuels non mariés. La famille n'est désormais plus une institution réservée aux personnes mariées. Essentiellement, la famille est une matrice de relations de personnes permettant la transmission de valeurs, la socialisation de ses membres et l'éducation des enfants. En faisant abstraction de cette matrice parce que deux de ses membres ne sont pas mariés, on ignore la réalité sociale que les couples mariés et les couples non mariés vivent la même situation d'interdépendance au sein de leurs unions.

Je ne suis pas la première à l'affirmer. Dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, deux conjoints de fait hétérosexuels demandaient à la Cour d'étendre aux couples non mariés les principes d'équité élaborés dans *Rathwell*, précité, au bénéfice des couples mariés. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) ne voyait aucune raison de ne pas faire

basis for any distinction, in dividing property and assets, between marital relationships and those more informal relationships which subsist for a lengthy period" (p. 850). This was the first step in this Court's attempt to identify heterosexual unmarried cohabitation as functionally equivalent to married cohabitation.

The trend continued in a few later cases dealing with family law generally. In *Moge*, *supra*, at pp. 848-49, I defined the family in terms of the values associated with it and the purposes it serves. Families provide for the emotional and socio-economic well-being of its members. The family serves as a support system for its members. It is the place where human beings find their most intimate human contact. The family was also described as a forum where values are transmitted and social skills are fostered and developed. I further observed that the family is a structure that often entails the making of sacrifices by its members.

Picking up on this theme in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, I wrote the following, at p. 632:

> What is important is that children be nurtured. The critical factor is not the family form, nor the presence of mixed sex role models, but the provision of a loving and nurturing environment. From this perspective, the ideal family is one which meets the needs of its members, and best attempts to realize the values that lie at the base of family. As Jane Larson says:
>
> It is the social utility of families that we all recognize, not any one proper form that "the family" must assume; it is the responsibility and community that the family creates that is its most important social function and its social value.
>
> ("Discussion" (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, at p. 1014)

My reasons in *Mossop* indicate that the family, as a concept, is not limited to those involving two heterosexual parents who are married. The family is a functional concept based on a structure that meets

droit à cette demande : « Rien ne justifie que l'on fasse une distinction, lors du partage des biens et de l'actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps » (p. 850). C'était le premier pas dans les efforts que la Cour a déployés pour établir l'équivalence fonctionnelle entre couples mariés et couples hétérosexuels non mariés.

128 La tendance s'est poursuivie dans quelques arrêts subséquents portant sur le droit de la famille en général. Ainsi, dans *Moge*, précité, p. 848-849, je définissais la famille en fonction des valeurs qui y sont associées et des buts qu'elle vise. La famille assure le bien-être émotif et socio-économique de ses membres. La famille est un système de soutien pour ses membres et un havre dans lequel ses membres vivent leur contact humain le plus intime. J'y décris aussi la famille comme un lieu de transmission des valeurs et de développement des capacités d'interaction sociale. J'observe en outre que la famille est une structure qui exige souvent des sacrifices de la part de ses membres.

129 Poursuivant sur ce thème, voici ce que j'écris dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 632 :

> C'est le bien-être des enfants qui importe. Le facteur important n'est pas le type de famille, ni la présence de modèles incarnant les rôles des deux sexes, mais bien l'établissement d'un environnement chaleureux et propice au bien-être. Selon cette conception, la famille idéale est celle qui répond aux besoins de ses membres et qui tente le mieux possible de réaliser les valeurs qui sous-tendent le fondement de la famille. Comme l'affirme Jane Larson :
>
> [TRADUCTION] C'est l'utilité sociale des familles que nous reconnaissons tous, et non une forme d'utilité particulière que « la famille » devrait avoir; c'est le sens de responsabilité et la collectivité que la famille crée qui constituent sa fonction sociale la plus importante et sa valeur sociale.
>
> (« Discussion » (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, à la p. 1014)

Dans *Mossop*, j'indique dans mes motifs que le concept de famille n'englobe pas seulement les familles comprenant deux parents hétérosexuels mariés. La famille est un concept fonctionnel fondé sur une

the needs of its members and nurtures them in the manner described earlier. Defining the family with reference to one form ignores the reality that the functions of the family are served by all types of families in modern society. This is something that has been recognized in this Court.

130 It is for this reason that I disagree with my colleague Justice Gonthier's attempt to equate marriage with the family. While Gonthier J. is right in his attempt to signal the importance of marriage to society and to acknowledge the distinctions that inhere in families where the primary caregivers are married and those where they are not, it is my view that referring to these distinctions does not, in itself, end the analysis. The presence of such differences cannot be used to deny benefits where the provision of these benefits is not tied to those differences.

131 In fact, it is quite legitimate to recognize differences in family forms and to be pro-family and pro-marriage without having to resort to denying benefits to other legitimate family forms. As I wrote in *Mossop*, *supra*, at pp. 633-34:

> Given the range of human preferences and possibilities, it is not unreasonable to conclude that families may take many forms. It is important to recognize that there are differences which separate as well as commonalities which bind. The differences should not be ignored, but neither should they be used to de-legitimize those families that are thought to be different, and as Audre Lorde puts it in "Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference" in *Sister Outsider* (1984), 114, at p. 122:
>
> > . . . we must recognize differences among (people) who are our equals, neither inferior nor superior, and devise ways to use each others' difference to enrich our visions and our joint struggles.
>
> . . .
>
> In light of all this, it is interesting to note that, in some ways, the debate about family presents society with a false choice. It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and

structure qui répond aux besoins de ses membres et leur permet de s'épanouir, comme je l'ai déjà décrit. Une définition de la famille par référence à un modèle unique contredit la réalité que, dans la société moderne, les fonctions familiales sont remplies par des types de familles très divers. C'est ce qu'a reconnu notre Cour.

C'est pour cette raison que je suis en désaccord avec la tentative de mon collègue le juge Gonthier de faire équivaloir mariage et famille. Le juge Gonthier a raison de souligner l'importance du mariage pour la société et de reconnaître les distinctions existant entre les familles des couples mariés et celles où ils ne le sont pas, mais j'estime que la mention de ces différences ne peut mettre fin à l'analyse. La présence des différences ne peut être utilisée pour dénier des avantages quand la prestation de ces avantages n'est pas liée à ces différences.

En fait, il est tout à fait légitime de reconnaître les différences entre divers types de familles et d'être en faveur du mariage et de la famille sans avoir à recourir à la négation de certains avantages à d'autres formes légitimes de familles. Dans *Mossop*, je dis ceci aux p. 633-634:

> Vu la gamme de préférences et de possibilités qui existent, il n'est pas déraisonnable de conclure que les familles peuvent prendre de nombreuses formes. Il importe de reconnaître qu'il y aura toujours entre elles des différences ainsi que des points communs. Il ne faut ni oublier ces différences ni s'en servir pour nier tout caractère légitime aux familles jugées différentes; comme l'affirme Audre Lorde dans « Age, Race, Class, and Sex : Women Redefining Difference » dans *Sister Outsider* (1984), 114, à la p. 122 :
>
> > [TRADUCTION] . . . nous devons reconnaître les différences qui existent entre (les gens) qui sont nos égaux, ni inférieurs ni supérieurs, et concevoir des façons d'utiliser ces différences pour enrichir nos conceptions et nos luttes communes.
>
> . . .
>
> Compte tenu de ce qui précède, il est intéressant de noter que, à certains égards, le débat sur la famille offre un faux choix à la société. On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles.

non-traditional family forms may equally advance true family values.

By denying functionally equal relationships benefits based on a status wholly unrelated to their needs, the *MPA* ends up drawing an inappropriate distinction. N. Des Rosiers puts it this way:

> . . . in a democratic society, hierarchies between forms of relationships based on status are not appropriate — the best that a state can do is create conditions for equal and non-exploitative relationships to develop.

(N. Des Rosiers, "Should Conjugality Matter in Law and Social Policy?", Remarks for a Keynote Address to the North American Regional Conference of the International Society of Family Law (2001), at pp. 3-4)

The equivalency of functions described above gives rise to identical needs upon the breakdown of the family relationship. As both marital and non-marital cohabitation can be characterized by emotional, social, and economic interdependence, it follows that the termination of these relationships generates similar problems. This is implicit from Dickson J.'s decision in *Pettkus*, *supra*, where the Court finds no underlying reason to treat heterosexual unmarried cohabitants differently as regards the division of assets through equity. A more express statement of this Court's acceptance of the fundamental similarities associated with the breakdown of both types of relationships is to be found in the judgment of La Forest J. in *Egan*, *supra*, at para. 23:

> . . . many of the underlying concerns that justify Parliament's support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Language has long captured the essence of this relationship by the expression "common law marriage".

Academic commentators have long since taken note of the fact that the difficulties associated with

La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

132 En déniant à des unions fonctionnellement égales des avantages qui n'ont aucun lien avec leurs besoins, la *MPA* instaure une distinction inappropriée. Voici ce qu'explique N. Des Rosiers:

> . . . dans une société démocratique, la hiérarchie entre diverses formes de rapports personnels en fonction du statut n'est pas appropriée — le mieux qu'un État puisse faire est de créer des conditions pour que se développent des rapports personnels égaux et non exploitants.

(N. Des Rosiers, « Le concept de la conjugalité dans les lois et politiques sociales? », Notes pour une allocution prononcée dans le cadre de la conférence International Society of Family Law (2001), p. 5)

133 De l'équivalence des fonctions décrites plus haut naissent des besoins identiques à la rupture du lien familial. Puisque l'interdépendance émotive, sociale et économique caractérise la cohabitation tant dans le mariage et que sans mariage, il s'ensuit que la rupture de ces relations crée des problèmes similaires. C'est ce qui se dégage implicitement des motifs du juge Dickson dans *Pettkus*, précité, dans lequel la Cour conclut qu'aucune raison sous-jacente ne justifie un traitement différent des conjoints de fait hétérosexuels lors du partage des biens selon l'equity. On trouve dans les motifs du juge La Forest dans *Egan*, précité, par. 23, un énoncé plus explicite de la reconnaissance par la Cour de similitudes fondamentales constatées à l'égard de la rupture des deux types d'unions :

> . . . nombre des raisons qui sous-tendent l'appui et la protection qu'apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élèvent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l'exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l'ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. La langue a depuis longtemps capturé l'essence de cette relation dans l'expression « union de fait ».

134 La doctrine a observé depuis longtemps que les difficultés liées à la rupture d'un mariage

the breakdown of a traditional marriage manifest themselves in other less traditional relationships. K. L. Kuffner writes:

> Common-law couples often share many of the same characteristics as married couples: shared accommodations, pooling resources, emotional and financial interdependence, and the raising of children. Some cohabitants have become financially dependent on their spouse, similar to some married spouses. Consequently, cohabitants often suffer similar hardships upon breakdown of such relationships.

(K. L. Kuffner, "Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act*" (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237, at p. 239; see also J. G. McLeod, Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190, at p. 191.)

Similar sentiments are expressed by Holland, *supra*, at pp. 151-52:

> Today, there is very little difference between marriage and cohabitation. Marriage encompasses a range of relationships, some characterized by various forms of dependency, while others involve spouses who are quite independent, financially and otherwise. Marriage may or may not involve procreation. Cohabitation relationships are found along a similar spectrum. There is no reason to differentiate between the two based on the notion that cohabitation is different from a *traditional* marriage. When we compare cohabitation and modern-day marriage there are few distinctions. [Emphasis in original.]

135 These facts have not been lost on law reformers as well. In Nova Scotia, the Law Reform Commission released its report in 1997 dealing with proposed changes to the *MPA* that would allow individuals, including heterosexual unmarried cohabitants, to claim similar benefits to their married counterparts. The Commission's conclusions regarding the nature of unmarried relationships are aptly set out at p. 21 of their Final Report:

> . . . the Commission has reached the view that most cohabitation relationships are functionally similar to marital relationships, and deserve to be treated similarly by the law. Human beings seek out long-term relationships for a variety of reasons, including companionship,

traditionnel se manifestent également dans d'autres unions moins traditionnelles. K. L. Kuffner écrit :

> [TRADUCTION] Les couples en union de fait partagent souvent bon nombre de caractéristiques avec les couples mariés : cohabitation, mise en commun des ressources, interdépendance émotive et financière et éducation des enfants. Certains conjoints de fait ont développé une dépendance financière envers leurs conjoints, comme certains conjoints mariés. Les conjoints de fait éprouvent donc souvent les mêmes difficultés à l'occasion de la rupture de leur union.

(K. L. Kuffner, « Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act* » (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237, p. 239; voir aussi J. G. McLeod, Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190, p. 191.)

Holland, *loc. cit.*, partage cet avis, aux p. 151-152 :

> [TRADUCTION] Il y a aujourd'hui très peu de différence entre le mariage et l'union de fait. Le mariage englobe un éventail de relations, certaines se caractérisant par diverses formes de dépendance, alors que d'autres se composent de conjoints très indépendants, que ce soit financièrement ou autrement. Il peut y avoir ou non procréation dans le mariage. Les unions de fait se situent dans un cadre similaire. Il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les deux fondée sur l'idée que l'union de fait diffère du mariage *traditionnel*. Lorsqu'on compare l'union de fait du mariage moderne, on constate qu'il existe peu de différence entre les deux. [En italique dans l'original.]

Ces faits n'ont pas été ignorés non plus par les réformateurs du droit. En Nouvelle-Écosse, la Commission de réforme du droit a publié en 1997 son rapport sur les modifications proposées à la *MPA* qui allaient permettre à certaines personnes, y compris les conjoints de fait hétérosexuels, de revendiquer des avantages semblables à ceux accordés aux conjoints mariés. Les conclusions de la Commission sur la nature des unions de fait sont judicieusement exposées à la p. 21 du rapport final :

> [TRADUCTION] . . . la Commission est d'avis que la plupart des relations de cohabitation sont fonctionnellement semblables aux relations de mariage et méritent un traitement similaire en droit. Les être humains cherchent à former des relations à long terme pour diverses raisons,

love, emotional support, sexual intimacy, procreation, economic need and social expectation. Such relationships, especially but not exclusively where there are children, often generate patterns of economic dependency. These patterns, which may not be apparent during the relationship, are exposed on its termination. . . . The reason for the law to impose property division in marriage and cohabitation relationships is to respond to the economic interdependence which arises in such relationships, and to ensure that the dependent partner is not punished for the role which he or she has played during the relationship.

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997))

Similar thoughts are echoed in the Ontario Law Reform Commission *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993). At page 27 of the Report, the Commission observes that society values the performance of the functions associated with marital and non-marital relationships. Having linked the two together based on the functions each performs and the recognition of the value of those functions, the Commission concludes that the law ought to apply equally to both types of relationships.

One complaint that could arise from the extension of the benefits accorded married cohabitants under the *MPA* to heterosexual unmarried ones involves the fact that the latter are, on average, relationships of shorter duration than marriages. It is argued that, as a result, a greater percentage of unmarried cohabitants do not leave their relationship in a similar state of mutual interdependence as does the average married cohabitant on the dissolution of marriage. Assuming this to be true, there are several responses to this objection.

First of all, the matter of whether attenuated or no benefits should be offered to certain heterosexual unmarried cohabitants is a matter best left to the legislature. They are the ones best able to decide at what point benefits ought to be extended. In the case of marriage, the legislature has chosen to extend the presumption to all married cohabitants regardless of the duration of their relationship or the lack of

notamment la compagnie, l'amour, le soutien émotif, l'intimité sexuelle, la procréation, la nécessité économique et les attentes sociales. Tout particulièrement — mais pas exclusivement — lorsqu'il y a des enfants, ces unions créent souvent des modèles de dépendance économique. Ces modèles, peut-être non apparents au cours de la relation, le deviennent au moment de la rupture. Par l'imposition d'un partage des biens dans les relations de mariage et de cohabitation, le législateur cherche d'une part à réagir à l'interdépendance économique qui résulte de telles unions, et d'autre part à assurer que le conjoint dépendant ne soit pas pénalisé pour le rôle qu'il a assumé pendant la durée de l'union.

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997))

136 La Commission de réforme du droit de l'Ontario fait écho à cette opinion dans son *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993). À la page 27 du rapport, la Commission fait remarquer que la société valorise les fonctions associées au mariage et à l'union de fait. Après avoir fait le rapprochement entre ces deux types d'unions en raison des fonctions qu'elles assument et de l'importance de ces fonctions, la Commission conclut que la loi devrait s'appliquer également aux deux types d'unions.

137 On pourrait contester l'élargissement aux conjoints de fait hétérosexuels des avantages conférés aux conjoints mariés en vertu de la *MPA* pour la raison que les unions de faits sont en moyenne de durée plus courte que les mariages. On allègue en conséquence qu'à la rupture de leur union, moins de conjoints de fait se trouvent dans un état d'interdépendance semblable à celui du conjoint marié moyen à la dissolution du mariage. À supposer que cela soit exact, il y a plusieurs façons de réfuter cette objection.

138 Premièrement, il est préférable de laisser au législateur le soin de déterminer s'il y a lieu de ne conférer aucun avantage ou des avantages réduits à certains conjoints de fait hétérosexuels. C'est lui qui est le mieux placé pour décider des conditions de durée. Dans le cas du mariage, le législateur a choisi d'appliquer la présomption à tous les conjoints mariés, quelle que soit la durée du mariage et malgré

mutual interdependence. It is well known that some marriages, like some unmarried cohabitation relationships, are of short duration. Despite this, the legislature nevertheless offered the benefit to all married cohabitants.

139 Further, the *MPA* has built-in devices to allow courts to rebut the presumption of equal sharing where appropriate to do so. Section 13 of the *MPA* lists certain factors the court may consider in delineating a smaller share of the assets including, at para. (d), the "length of time that the spouses have cohabitated". This provision or its equivalent has been applied by courts throughout the country to diminish the percentage entitlement of one spouse on the dissolution of a short-term marriage. I do not propose to review the jurisprudence on this provision here, but commend the reader to a text and article on the subject: see J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at pp. 321-25; and J. G. McLeod, "Unequal Division of Property", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 141, at pp. 154-56.

140 It is no excuse to deny the benefit of equal sharing to all heterosexual unmarried cohabitants simply because some members of the group do not seem to deserve nor want this equal division. The legislature is in the best position to craft legislation that takes into account the difficulties associated with extending the benefit. It is clear, though, based on the purpose of the *MPA* and the functional equivalency of the two types of relationships relative to that purpose, that extending the benefit of the equal presumption solely to married cohabitants constitutes a serious attack upon the dignity of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants. It sends the message that, although the need for a simple means of dividing the assets on dissolution exists, only certain people are entitled to the benefit because of a status wholly unrelated to that need. In short, it demeans the dignity of an equal to treat him or her with less respect than his or her functional equals. Like the Court of Appeal, I agree that the *MPA* fails to recognize the contributions made by parties to a

l'absence d'interdépendance. On sait fort bien que, comme certaines unions de fait, certains mariages sont de courte durée. La législature a néanmoins conféré les avantages à tous les conjoints mariés.

Qui plus est, la *MPA* comporte des mécanismes visant à permettre aux tribunaux de rejeter la présomption de partage égal dans les cas appropriés. Ainsi, l'art. 13 de la *MPA* dresse une liste de certains facteurs dont le tribunal peut tenir compte pour accorder une part moindre de biens, notamment, à l'al. d), [TRADUCTION] « la durée de cohabitation des conjoints ». Les tribunaux canadiens ont appliqué cette disposition ou ses équivalents pour diminuer le pourcentage auquel a droit un conjoint à la dissolution d'un mariage de courte durée. Je n'envisage pas d'examiner en l'espèce la jurisprudence relative à cette disposition, mais recommande au lecteur un ouvrage et un article sur le sujet : voir J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 321-325; et J. G. McLeod, « Unequal Division of Property », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality* (1994), 141, p. 154-156.

On ne peut refuser de consentir l'avantage du partage égal à tous les conjoints de fait hétérosexuels pour la simple raison que certains d'entre eux ne semblent pas le mériter ou le vouloir. Le législateur est le mieux placé pour élaborer une loi qui tienne compte des difficultés liées à l'élargissement de cet avantage. Cependant, vu l'objet de la *MPA* et l'équivalence fonctionnelle des deux types d'unions relativement à cet objet, il est clair que l'application de la présomption de partage égal aux conjoints mariés seulement porte gravement atteinte à la dignité de la demanderesse et à celle des conjoints de fait hétérosexuels. On transmet alors le message que, malgré la nécessité de disposer d'un simple mécanisme de partage des biens à la dissolution d'une union, seules certaines personnes peuvent se prévaloir de cet avantage en raison d'un état qui n'a rien à voir avec cette nécessité. En bref, c'est porter atteinte à leur dignité de le traiter avec moins de respect que leurs égaux sur le plan fonctionnel. À l'instar de la Cour d'appel, je conviens que la *MPA* ne reconnaît

non-marital relationship and that such non-recognition has the effect of demeaning them as human beings.

(f) *Choosing to Marry and Choosing to Cohabit — Effect on Dignity*

One of the appellant's main submissions was that the deliberate non-recognition of the contribution made by heterosexual unmarried cohabitants to their relationships is done as a means of giving effect to the intentions of those entering into such relationships. In a different vein, the appellant also argues that marriage involves a considered choice to enter into a relationship that, by its very nature, is infused with certain legal rights. The same cannot be said, it is asserted, for those who enter into unmarried relationships. Based on this belief, legislation that fails to extend its benefits to heterosexual unmarried cohabitants merely gives effect to their intentions. In fact, it serves to enhance their dignity by respecting their choice not to be bound by the rigours associated with marriage.

With the greatest respect, such an argument fundamentally misconceives the reasons people enter into relationships in the first place. It is an assumption based on scant evidence at best. I will in fact show that the *MPA* has nothing to do with consensus and everything to do with recognizing the needs of spouses (as discussed earlier).

I believe it to be highly problematic to conceive of marriage as a type of arrangement people enter into with the legal consequences of its demise taken into account. In the first place, most people are not lawyers. They are often not aware of the state of the law. Worse, many maintain positive misconceptions as to what obligations and rights exist in association with marriage and other relationships: Law Reform Commission of Canada, *Studies on Family Property Law*, *supra*, at p. 267. The Law Reform Commission in Nova Scotia accepted that there is anecdotal evidence that unmarried partners believe that the *MPA* applies to them after one year of cohabitation: Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing*

pas les contributions apportées par les parties à une union de fait et que cette non-reconnaissance a pour effet de les rabaisser en tant qu'êtres humains.

f) *Le choix entre le mariage et la cohabitation — Incidence sur la dignité*

Un des arguments principaux de l'appelant est 141
que la non-reconnaissance délibérée de la contribution apportée par les conjoints de fait à leur union sert à donner effet aux intentions de ceux qui forment de telles unions. Par ailleurs, il soutient aussi que le mariage implique le choix réfléchi de former une union qui, par sa nature, est assortie de certains droits juridiques. On ne peut en dire autant, affirme-t-il, des personnes qui forment une union de fait. Suivant cette thèse, une loi qui n'accorde pas d'avantages aux conjoints de fait hétérosexuels donne simplement effet à leurs intentions. Une telle loi servirait en réalité à promouvoir leur dignité par le respect de leur choix de ne pas être liés par le cadre rigide du mariage.

En toute déférence, cet argument révèle une con- 142
ception fondamentalement erronée des motifs pour lesquels les gens décident de former une union. Il s'agit d'une hypothèse qui, au mieux, se fonde sur des preuves ténues. En fait, je démontrerai que la *MPA* n'a rien à voir avec le consensus et tout à voir avec la reconnaissance des besoins des conjoints (dont je traite plus haut).

À mon avis, il est très difficile de concevoir le 143
mariage comme un type d'entente dans laquelle les gens s'engagent en pensant aux conséquences juridiques de son échec. En premier lieu, ils ne sont pas tous avocats. Ils ne sont souvent pas au courant de l'état du droit. Pis encore, bon nombre entretiennent de fausses idées sur les obligations et droits liés au mariage et aux autres unions : Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur le droit des biens de la famille*, *op. cit.*, p. 263. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse admet qu'il existe une preuve anecdotique selon laquelle les conjoints de fait croient que la *MPA* s'applique à eux après une année de cohabitation : Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform*

with Matrimonial Property in Nova Scotia, supra, at p. 22.

144 Even assuming that people contemplating marriage are, as a whole, fully aware of their legal rights and obligations as married people, it is a mistake to base the obligations imposed by the *MPA* on the partners' perceived consensus to be bound by these obligations through marriage. Commenting on both the choice of marriage and the choice not to marry, the Law Reform Commission in Tasmania wrote the following:

> Sometimes two people choose to live together in absolute freedom and choose not to marry, just to avoid the responsibilities of marriage. But, although this is becoming more common, it affects a small minority of de facto relationships, and we believe that the vast majority of people who live together without marrying do so without thought of the legal consequences. It is we think, fanciful to think that any more than a handful of people organise their *personal* lives in this way in order to achieve specific legal consequences. [Emphasis in original.]

(Law Reform Commission of Tasmania, *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships* (1977), at p. 5)

145 Couples do not think of their relationship in contract terms. The observations of one author on this point are particularly poignant:

> Now, the confusion in the law arises from the fact that while marriages (and domestic partnerships) are quite obviously more like friendships than hamburgers, they also give rise to legally enforceable obligations, which lead some people to forget the obvious and think they are like hamburgers after all. The error apparently arises from the mistaken assumption that the legal obligations arising from marriage must have their source in a bargained-for exchange. The mistake is probably facilitated by the fact that the reciprocal nature of a successful marriage gives it a superficial resemblance to a bargained-for exchange, which is, after all, the source of so many legal obligations. But we must remain clear about the difference. Lunch with my friend may leave me with a sense of social debt that is real, but non-specific. . . . Friendship involves communicating interest in and concern for one another's welfare over a longer time horizon; opportunities to reciprocate may not present themselves in a convenient sequence for

of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia, op. cit., p. 22.

À supposer même que les gens qui envisagent de se marier soient, dans l'ensemble, pleinement conscients des droits et obligations juridiques du mariage, c'est une erreur de fonder les obligations imposées par la *MPA* sur le consensus présumé des conjoints de s'assujettir à ces obligations par le mariage. Traitant du choix de se marier ou non, la Commission de réforme du droit de Tasmanie s'exprime en ces termes :

> [TRADUCTION] Deux personnes choisissent parfois de vivre ensemble en toute liberté et de ne pas se marier simplement pour se soustraire aux responsabilités du mariage. Cependant, bien qu'il soit de plus en plus répandu, ce phénomène ne touche qu'une infime minorité d'unions de fait, et nous pensons que la vaste majorité des personnes qui font vie commune sans se marier le font sans réfléchir aux conséquences juridiques. À notre avis, il est insensé de croire que, mises à part quelques rares exceptions, les gens organisent leur vie *personnelle* de cette façon pour parvenir à des conséquences juridiques précises. [En italique dans l'original.]

(Law Reform Commission of Tasmania, *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships* (1977), p. 5)

Les couples ne conçoivent pas leur union en termes de contrats. Voici à cet égard les observations particulièrement frappantes d'un auteur :

> [TRADUCTION] À l'heure actuelle, la confusion sur le plan juridique découle du fait que les mariages (et l'union civile) se rapprochent de toute évidence davantage des liens d'amitié que des hamburgers; ils créent des obligations ayant force exécutoire, qui portent certaines personnes à oublier l'évidence même et à croire que ce sont des hamburgers après tout. L'erreur découle apparemment de l'hypothèse fausse que les obligations juridiques découlant du mariage doivent tirer leur source d'un échange négocié. En toute probabilité, l'erreur s'explique par le fait que le caractère réciproque d'un mariage réussi lui donne l'apparence superficielle d'un échange négocié, qui constitue après tout la source de tant d'obligations légales. Cependant, nous devons réitérer clairement la différence. Déjeuner avec un ami peut donner l'impression d'une dette sociale qui est réelle, sans être précise. [. . .] L'amitié exige l'expression du souci du bien-être d'une autre personne à plus long terme; les occasions de réciprocité entre amis ne se présentent pas toujours

turn-taking. The debt to the restaurant, by contrast, involves paying $23.37 — now.

(I. M. Ellman, "'Contract Thinking' Was *Marvin*'s Fatal Flaw" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365, at pp. 1373-74)

In other words, the fact that marriage gives rise to legal obligations does not, by itself, signal that the source of those obligations is some bargained-for exchange or the product of a consensus. While the price of a hair cut is known in advance and can be contracted for (with a higher price for perms than for brushcuts), the same cannot be said about marriage. The marital relationship changes over time. Houses and other assets are bought and sold, one of the partners is promoted or loses their job, children are born, accidents occur, or a member of the family becomes ill. These and other events are rarely anticipated at the outset and appropriately bargained for. Further, neither spouse can anticipate who will contribute what to the marriage. As a consequence, even the most intelligent of adults lacks the capacity to evaluate the commitments involved in any agreement dealing with the consequences of a dissolution that will only come after great change occurs in the relationship: see further the analysis of cognition in M. A. Eisenberg, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

Recognizing the obvious limits to conceptualizing the obligations flowing from marriage as a form of consensus, the legislature in Nova Scotia first enacted its matrimonial property legislation without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship. Section 5(1) of the *MPA* explicitly states that the matrimonial property regime applies to spouses who entered into marriage "before or after the first day of October, 1980". The *MPA*'s predecessor contained similar wording. Two persons who married in the 1960s, for example, would fall within the statutory presumption of equal sharing. In the 1960s, marriage did not entail the existence of this presumption. If there was any contract or consensus regarding the legal obligations accruing on dissolution, a default presumption

suivant un ordre indiqué, à tour de rôle. Par contre, la dette envers le restaurant exige le paiement de la somme de 23,37 $ — immédiatement.

(I. M. Ellman, « "Contract Thinking" Was *Marvin*'s Fatal Flaw » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365, p. 1373-1374)

146 En d'autres termes, le fait que le mariage donne lieu à des obligations juridiques n'indique pas en soi que la source de ces obligations résulte d'un échange négocié ou d'un consensus. Si le coût d'une coupe de cheveux est connu à l'avance et peut faire l'objet d'un contrat (une permanente étant plus coûteuse qu'une coupe en brosse), on ne peut en dire autant du mariage. L'union matrimoniale évolue au fil du temps. On achète et on vend des maisons et d'autres biens; un des conjoints obtient une promotion ou perd son emploi; des enfants naissent; des accidents se produisent, ou un membre de la famille tombe malade. Ces événements, comme d'autres, sont rarement prévus et dûment négociés au départ. Par ailleurs, les conjoints ne peuvent prévoir qui apportera quelle contribution au mariage. Par conséquent, même les adultes les plus intelligents sont incapables d'évaluer les engagements en cause dans toute entente portant sur les conséquences d'une rupture qui se produira seulement après d'importants changements au sein de la relation : voir l'analyse de la cognition dans M. A. Eisenberg, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract » (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

147 Reconnaissant les limites évidentes d'une conceptualisation des obligations qui découlent du mariage comme forme de consensus, la législature de la Nouvelle-Écosse a tout d'abord adopté une loi sur les biens matrimoniaux qui ne tient pas compte des désirs des conjoints mariés au début de leur union. Le paragraphe 5(1) de la *MPA* précise que le régime des biens matrimoniaux s'applique aux conjoints qui se sont mariés [TRADUCTION] « avant ou après le premier jour d'octobre 1980 ». La loi que remplaçait la *MPA* avait un libellé similaire. Deux personnes qui s'étaient mariées dans les années 60 par exemple seraient visées par la présomption d'égalité de partage. Dans les années 60, le mariage n'entraînait pas l'application de cette présomption.

of this sort would not have figured in the discussion. One can draw from this one simple conclusion: that the *MPA* does not base the presumption of equal division on some preconceived consensus. If anything, s. 5(1) serves to nullify any consensus parties may have had regarding the division of assets when they married before the enactment of the *MPA*'s predecessor. I consider it somewhat facetious for the appellant to argue that the *MPA* is designed to give effect to the choices made by married and heterosexual unmarried cohabitants when the legislation expressly applies to people who married at a time prior to the enactment of the *MPA* or its predecessor.

S'il y avait eu contrat ou consensus quant aux obligations juridiques résultant de la dissolution de l'union, cette présomption par défaut ne serait pas entrée en discussion. On peut donc en tirer cette simple conclusion : la *MPA* ne fonde pas la présomption d'égalité de partage sur un consensus préconçu. Le paragraphe 5(1) sert plutôt à annuler tout consensus en matière de partage des biens auquel auraient pu arriver des couples qui se sont mariés avant l'adoption de la loi antérieure à la *MPA*. Il est un peu facétieux de la part de l'appelant de soutenir que la *MPA* vise à donner effet aux choix des couples mariés et des couples hétérosexuels non mariés, alors que la loi s'applique expressément aux personnes mariées avant l'adoption de la *MPA* ou de la loi antérieure.

148 If I am incorrect in concluding that the source of the obligations in the *MPA* is not based on the choice of marriage, it does not follow that heterosexual unmarried cohabitants enter into their relationships specifically to avoid those legal obligations. In other words, the choice argument fails from both sides: many unmarried partners do not choose to cohabit or remain unmarried so as to avoid the legal consequences of marriage.

Même au cas où j'aurais tort de conclure que la source des obligations prévues dans la *MPA* ne se fonde pas sur la décision de se marier, cela ne signifierait pas que les couples hétérosexuels non mariés ont formé leur union précisément pour se soustraire à ces obligations juridiques. Autrement dit, l'argument fondé sur le choix échoue de part et d'autre : pour bon nombre de conjoints de fait, la décision de cohabiter ou de ne pas se marier ne vise pas à se soustraire aux conséquences juridiques du mariage.

149 The reasons why people choose to cohabit are numerous. Some people have attempted to catalogue these potential reasons. An excellent list is found in Payne and Payne, *supra*, at p. 50. These authors list eight potential reasons why parties choose to cohabit, reasons which I would say are not mutually exclusive:

- the existence of a legal impediment to marriage;
- the existence of some religious obstacle to marriage;
- the perception by one or both of the potential cohabitants that marriage constitutes a relic of patriarchy with its assumed roles of male domination and female subordination;

Les raisons pour lesquelles les gens optent pour la cohabitation sont nombreuses. Certains auteurs ont tenté d'en faire l'inventaire. Payne et Payne, *op. cit.*, p. 50, fournissent une liste excellente. Ces auteurs énumèrent huit raisons susceptibles d'expliquer le choix de l'union de fait. À mon avis, elles ne sont pas mutuellement exclusives :

- l'existence d'un empêchement légal au mariage;
- l'existence d'un obstacle religieux au mariage;
- la perception par l'un des partenaires ou les deux que le mariage est une relique du système patriarcal, avec ses rôles caractérisés par la domination de l'homme et la subordination de la femme;

- the wish to avoid some or all of the legal rights and obligations associated with marriage;
- the removal of the stigma associated with unmarried cohabitation due to the weakening of religious influence;
- the desire to enter into a "trial marriage";
- the wish to maintain entitlements to particular benefits that would be lost in marrying; and,
- simple convenience.

It is impossible to pin any one of these reasons on all people who choose not to marry. In her study of heterosexual unmarried cohabitants living in Britain, C. Smart concluded that:

> The majority of the men and women in our study did not cohabit because they were selfish and immoral, or because they rejected the ideological/patriarchal basis of marriage. Cohabitation was not necessarily a self-centred nor a progressive form of union. On the contrary, some of these cohabiting unions seemed be [*sic*] very similar to an ideal type of marriage with its emphasis on companionship, shared interests, commitment to children and shared economic resources. Other cohabiting unions however seemed to reproduce some of the worst aspects of traditional heterosexual marriage such as domestic violence, a rigid sexual division of labour and financial insecurity for mothers. Only about a quarter of those interviewed saw themselves as taking a stand against marriage as an institution or saw marriage as an irrelevance in the light of a superior form of private commitment. Many of the women we interviewed actually wanted to get married (albeit to a better person that they had yet to meet). Equally, some of the men went on to marry other women with whom they formed relationships later on. We cannot, therefore, simply describe these trends as "progressive" or "regressive" — the choices people make have different meanings in different contexts and we need to be constantly in tune with these complexities rather than oversimplifying and overgeneralising.

(C. Smart, "Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 20, at p. 50)

- le désir d'éviter une partie ou l'ensemble des droits et obligations juridiques liés au mariage;
- la disparition de la réprobation liée à l'union de fait en raison de l'affaiblissement de l'influence de la religion;
- le désir de faire un « mariage à l'essai »;
- le désir de maintenir des droits à des avantages particuliers dont le mariage entraînerait la perte;
- la simple commodité.

Il est impossible d'associer une seule de ces raisons à toutes les personnes qui choisissent de ne pas se marier. Dans son étude sur les conjoints de fait hétérosexuels en Grande-Bretagne, C. Smart arrive à la conclusion suivante : 150

> [TRADUCTION] La majorité des hommes et des femmes visés par notre étude vivaient en union de fait non pas parce qu'ils étaient égoïstes et immoraux ou parce qu'ils rejetaient le fondement idéologique et patriarcal du mariage. L'union de fait n'était pas nécessairement une union égocentrique ou progressive. Au contraire, certaines de ces unions de fait semblaient s'apparenter beaucoup à une forme idéale de mariage, avec l'accent sur la compagnie, les intérêts communs, l'engagement envers les enfants et la mise en commun des ressources financières. Cependant, d'autres unions de fait semblaient faire ressortir certains des pires aspects du mariage hétérosexuel traditionnel, dont la violence conjugale, la division rigide du travail selon le sexe et l'insécurité financière de la mère. Seulement un quart environ des personnes interrogées ont affirmé s'opposer au mariage en tant qu'institution ou considérer le mariage sans importance devant une forme supérieure d'engagement privé. Bon nombre des femmes interrogées voulaient en fait se marier (quoiqu'avec une personne qu'elles n'avaient pas encore rencontrée). De même, certains hommes se sont mariés avec d'autres femmes avec qui ils ont établi des relations plus tard dans la vie. Nous ne pouvons donc pas simplement caractériser ces tendances de « progressives » ou « régressives » — les choix que font les gens ont des sens différents dans des contextes différents et nous devons constamment être conscients de ces complexités au lieu de simplifier et de généraliser à outrance.

(C. Smart, « Stories of Family Life : Cohabitation, Marriage and Social Change » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 20, p. 50)

The choices made by the cohabitants in her study were occasionally based, in whole or in part, on the desire to avoid the legal consequences of marriage. However, this could not be said of all heterosexual unmarried cohabitants. The moral of the story is that not all people choose to cohabit to avoid the legal consequences of marriage. Those that do often do for other reasons as well.

151 Some commentators go even further by suggesting that personal autonomy and choice are very rarely involved in the choice to cohabit. In "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality*, *supra*, 369, at p. 379, W. H. Holland espouses this view in the following words:

> . . . in many cases, there is little planning and the parties cohabit without having given very careful thought to where the relationship is heading. In fact, it is doubtful whether many couples are aware of the differences in the legal consequences of marriage and cohabitation and that cohabitation is chosen to avoid the legal consequences of marriage. As Macklin pointed out [E. D. Macklin, "Nonmarital Heterosexual Cohabitation" (1978), 1 *Marr. and Fam. Rev.* 1, at p. 6]:
>
> > (L)iving together is seldom the result of a considered decision . . . and in a survey of married and unmarried couples to all or most of them the future seemed to be something diffuse that one does not discuss or think about in detail.

152 I agree with this interpretation. It also reflects the fact that the existence of many heterosexual non-marital relationships are rarely the product of choice in the sense that the choice not to marry is not a matter belonging to each individual alone. The ability to marry is inhibited whenever one of the two partners wishes to marry and the other does not. In this situation, it can hardly be said that the person who wishes to marry but must cohabit in order to obey the wishes of his or her partner chooses to cohabit. This results in a situation where one of the parties to the cohabitation relationship preserves his or her autonomy at the expense of the other: "The

Les choix des conjoints de fait, dans cette étude, reposaient à l'occasion en tout ou en partie sur le désir d'éviter les conséquences juridiques du mariage. Cependant, on ne pourrait affirmer que c'est le cas de tous les conjoints de fait hétérosexuels. La morale de l'histoire est que les gens qui choisissent de vivre en union libre ne le font pas tous pour se soustraire aux conséquences juridiques du mariage. Ceux qui le font, le font souvent aussi pour d'autres raisons.

Certains auteurs vont même plus loin et laissent entendre que l'autonomie et le choix personnels jouent très rarement un rôle dans le choix de cohabiter. Dans « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality*, *op. cit.*, 369, p. 379, Holland souscrit à ce point de vue en ces termes :

> [TRADUCTION] . . . souvent, on planifie peu et les parties cohabitent sans prendre le temps de réfléchir à l'avenir de leur relation. En fait, il est douteux que la plupart des couples soient conscients des différences entre le mariage et la cohabitation sur le plan des conséquences juridiques et qu'ils choisissent la cohabitation pour éviter les conséquences juridiques du mariage. Comme Macklin le fait remarquer [E. D. Macklin, « Nonmarital Heterosexual Cohabitation » (1978), 1 *Marr. and Fam. Rev.* 1, p. 6] :
>
> > (L)a vie commune est rarement le fruit d'une décision réfléchie [. . .] et dans une enquête auprès de couples mariés et de couples non mariés, la totalité ou presque des répondants ont affirmé que l'avenir semblait être quelque chose de flou dont on ne parle pas et auquel on ne réfléchit pas en détail.

Je suis d'accord avec cette interprétation. Elle reflète aussi le fait que de nombreuses unions de fait hétérosexuelles résultent rarement d'un choix, en ce sens que le choix de ne pas se marier n'est pas un choix appartenant individuellement à chaque partenaire. La capacité de se marier est entravée lorsque l'un des partenaires désire se marier et que l'autre ne le veut pas. Dans ce cas, on peut difficilement affirmer que la personne qui désire se marier — mais qui doit cohabiter afin d'acquiescer aux désirs de l'autre — choisit la cohabitation. Il en résulte une situation où l'une des parties à l'union de fait conserve son autonomie au détriment de l'autre :

flip side of one person's autonomy is often another's exploitation" (*ibid.* at p. 380). Under these circumstances, stating that both members of the relationship chose to avoid the legal consequences of marriage is patently absurd.

The argument that cohabitation is mainly the result of a considered choice was also rejected by the Court in *Miron*, *supra*. Commenting on whether distinctions based on marital status are distinctions founded on immutable characteristics, McLachlin J. wrote the following, at para. 153:

> In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise. The sanction of the union by the state through civil marriage cannot always be obtained. The law; the reluctance of one's partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual's effective control. [Emphasis added.]

I made the same observations at paras. 95-97, concluding that "[i]t is small consolation, indeed, to be told that one has been denied equal protection under the *Charter* by virtue of the fact that one's partner had a choice". Nothing has changed since *Miron* was decided to indicate that these statements are incorrect. They apply with equal vigour to the *Charter* challenge in the present case.

Incidentally, arguments calling for the drawing of a distinction between married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants based on the choices made by these two types of couples have been wholeheartedly rejected by Nova Scotia's Law Reform Commission: see *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*, *supra*, at p. 22; and *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act*, *supra*, at pp. 26-27.

In support of their choice argument, the appellant placed great emphasis on the findings of the Alberta Institute of Law Research and Reform contained in an 18-year-old survey: *Survey of Adult Living*

[TRADUCTION] « Le revers de l'autonomie de l'un, c'est souvent l'exploitation de l'autre » (*ibid.*, p. 380). Dans ces circonstances, il est manifestement absurde d'affirmer que les deux partenaires ont choisi de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage.

153 Dans l'arrêt *Miron*, précité, la Cour rejette aussi l'argument que l'union de fait résulte principalement d'un choix éclairé. Lorsqu'elle examine la question de savoir si les distinctions fondées sur l'état matrimonial sont des distinctions fondées sur des caractéristiques immuables, le juge McLachlin fait les commentaires suivants (au par. 153) :

> En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n'est pas toujours possible d'obtenir la sanction de l'union par l'État par un mariage civil. La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. [Je souligne.]

Je fais les mêmes observations aux par. 95-97, pour conclure que « c'est une piètre consolation que de se faire dire que l'on a été privé d'une protection égale en vertu de la *Charte* en raison du choix d'un seul des partenaires ». Depuis l'arrêt *Miron*, rien n'a changé pour indiquer que ces énoncés sont incorrects. Ils s'appliquent avec la même force à la contestation fondée sur la *Charte* en l'espèce.

154 Incidemment, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse a entièrement rejeté les arguments en faveur d'une distinction entre conjoints mariés et conjoints de fait hétérosexuels fondée sur les choix faits par ces couples : voir *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*, *op. cit.*, p. 22; et *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act*, *op. cit.*, p. 26-27.

155 Pour étayer son argument fondé sur le choix, l'appelant attache beaucoup d'importance aux conclusions de l'Institute of Law Research and Reform de l'Alberta, publiées dans une enquête qui remonte

Arrangements: A Technical Report (1984). This survey was reviewed by the Alberta Court of Appeal in *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266, a decision holding that the restriction in the *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37, on the availability of spousal support to married cohabitants violated the *Charter*.

156 The survey found that the average non-marital cohabitation relationship lasts 2.08 years. The 1995 General Social Survey indicates that this average has gone up to three years since 1984: Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 149. Although the data contained in the Alberta survey is obviously dated, it is still of historical interest to review their conclusions. For instance, heterosexual unmarried cohabitants ranked the reason "didn't want the legal commitment of marriage" as the fourth most important reason for choosing not to marry (for the purposes of these comments, I am presuming that all the respondents had a choice, something I rejected earlier). Each respondent was asked to rank each of the possible reasons for not marrying on a scale of 1 to 5. Curiously, only half of the respondents ranked the legal commitment answer at all. This is not reflected in the survey, as the order of importance is based on the mean score regardless of how many people even chose it as a reason. Nearly twice as many respondents ranked "love" and "companionship" as the reason(s) why they chose to cohabit non-maritally. The mean score for these responses was far higher than the one for the legal commitment answer. Further, there is no indication as to what is meant by the words "legal commitment". There is no way of knowing whether this constituted a specific reference to all of the legal rights associated with marriage (support, property, intestacy, and dower rights, for example) or whether it is a vague reference to the fact that marriage is formally entered into. A lot of people speak about legal commitments in vague terms. Few people think of legal commitments in the precise manner that lawyers and judges do. Overall, the findings of the survey are somewhat flawed and uncertain. They can hardly be relied upon as justifying a whole-sale distinction being drawn on the basis of marriage. Even if these findings do show that unmarried cohabitants as a whole generally choose to cohabit to avoid the legal consequences

à 18 ans : *Survey of Adult Living Arrangements : A Technical Report* (1984). La Cour d'appel de l'Alberta a examiné cette étude dans *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266, qui conclut que la *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37, contrevenait à la *Charte* en limitant aux seuls conjoints mariés l'accès aux pensions alimentaires.

Selon cette étude, l'union de fait dure en moyenne 2,08 années. L'Enquête sociale générale de 1995 indique que cette moyenne est passée à trois ans depuis 1984 : Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 155. Bien que les données de l'étude albertaine soient de toute évidence dépassées, ses conclusions présentent encore un intérêt historique. Par exemple, parmi les raisons expliquant le choix des conjoints de fait hétérosexuels de ne pas se marier, [TRADUCTION] « ne pas vouloir l'engagement légal du mariage » venait au quatrième rang (pour les besoins des présents commentaires, je présume que tous les répondants disposaient d'un choix, ce que j'ai rejeté précédemment). On a demandé à chaque répondant d'indiquer, sur une échelle de 1 à 5, leurs raisons de ne pas se marier. Curieusement, seulement la moitié des répondants ont mentionné l'engagement légal. Ce fait ne ressort pas de l'enquête, puisque l'ordre d'importance a été établi à partir de la moyenne des résultats, indépendamment du nombre de répondants ayant choisi cette raison. Presque deux fois plus de répondants ont mentionné [TRADUCTION] « l'amour » et « la compagnie » pour motiver leur choix de cohabiter en union de fait. La fréquence moyenne de ces réponses était beaucoup plus grande que celle de la réponse relative à l'engagement légal. Par ailleurs, aucun indice n'est fourni sur ce qu'il faut entendre par « engagement légal ». Rien ne permet de savoir si cette expression renvoie précisément à l'ensemble des droits juridiques liés au mariage (dont les obligations alimentaires, les biens, la succession *ab intestat* et les droits de douaire), ou s'il s'agit d'une vague allusion au caractère formel du mariage. Beaucoup parlent d'engagements juridiques en des termes vagues. Rares sont ceux qui conçoivent les engagements légaux de façon précise comme le font les avocats et les juges. Dans l'ensemble, les conclusions du sondage sont un peu faussées et incertaines. On ne peut guère les invoquer pour

of marriage, those findings would be irrelevant. The realities of the relationship at its termination are what the *MPA* addresses, not the intentions of the parties at the outset.

Based on the above comments, it is my view that the argument that the claimant's dignity was not violated by legislation enacted to respect her choice (and the choice of all heterosexual unmarried cohabitants) fails. This argument fails to account for the fact that the *MPA* rights are not based on choice or consensus. Moreover, it is incorrect to paint each unmarried cohabitant with the same brush as regards the "choice" to cohabit. For many, choice is not an option. For those where choice is in fact an option, few structure their lives by marrying or not marrying to take advantage or avoid particular legal obligations. The *MPA* does not therefore promote the dignity of the claimant. In fact, its failure to appreciate the absence of choice many cohabitants face with its concomitant exploitative features demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants.

(g) *Current Recognition of Heterosexual Unmarried Cohabitants*

Courts and legislatures in this country have taken stock of the fact that denying certain benefits to a class of persons on the basis of their marital status is unjust where the need for these benefits is felt by both unmarried and married cohabitants equally. In response, courts have extended certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants where the legislature has refused to do so. Legislatures, too, have enacted a flurry of legislation to extend certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants. The appreciation of an injustice and the resulting actions reinforce the view that the denial of marital property benefits demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants. The steps taken constitute an acknowledgment of an historic attack upon the

justifier une distinction générale sur le fondement du mariage. Même si elles démontraient que, dans l'ensemble, les conjoints de fait optaient généralement pour la cohabitation afin de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage, ces conclusions seraient dénuées de pertinence. La *MPA* tient compte des réalités à la rupture de l'union, et non pas des intentions des parties à l'origine.

157 Compte tenu des observations qui précèdent, on ne peut retenir, à mon avis, l'argument que la loi ne porte pas atteinte à la dignité de la demanderesse parce qu'elle a été adoptée pour respecter son choix (et celui de tous les conjoints de fait hétérosexuels). Cet argument ne tient pas compte du fait que les droits conférés par la *MPA* ne s'appuient pas sur un choix ou un consensus. Qui plus est, il est erroné de dépeindre de façon uniforme les conjoints de fait quant au « choix » de la cohabitation. Pour beaucoup, le choix n'est pas une option. Parmi ceux qui ont vraiment un choix, peu structurent leur vie en se mariant ou non de façon à tirer avantage d'obligations juridiques précises ou à les éviter. La *MPA* n'a donc pas pour effet de promouvoir la dignité de la demanderesse. En fait, parce qu'elle ne tient pas compte de l'absence de choix chez de nombreux conjoints de fait et des réalités d'exploitation concomitantes, la *MPA* porte atteinte à la dignité des conjoints de fait hétérosexuels.

g) *La reconnaissance actuelle accordée aux conjoints de fait hétérosexuels*

158 Au Canada, les tribunaux et les législatures ont pris conscience du fait qu'il est injuste de refuser certains avantages à une catégorie de personnes en raison de leur état matrimonial lorsque la nécessité de ces avantages se fait sentir tant chez les couples mariés que les couples non mariés. Les tribunaux ont alors accordé certains avantages aux conjoints de fait hétérosexuels lorsque le législateur avait refusé de le faire. Les législatures ont elles aussi adopté une multitude de lois visant à conférer certains avantages aux couples non mariés. L'appréciation de l'injustice et les mesures qui ont été prises renforcent l'idée que le refus d'accorder des avantages en matière de biens matrimoniaux touche la dignité des conjoints de fait hétérosexuels.

dignity of these individuals. By attempting to redress this unjust situation, the message is sent that there is an awareness of its existence and the need to stamp it out.

159 On the litigation front, a challenge to legislated insurance provisions extending benefits solely to unmarried heterosexual cohabitants was successful: *Miron*, *supra*. In Alberta, the Court of Appeal struck out a definition of "spouse" that limited the right to spousal support to those who were legally married: *Rossu*, *supra*. In *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640, the court declared unconstitutional a limited definition of "spouse" contained in Alberta's dependants' relief legislation. Finally, a *Charter* challenge to the definition of "spouse" found in Saskatchewan's old marital property legislation was successful in *C.L.W. v. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237 (Q.B.).

160 On the legislative front, each province and territory now has legislation on the books defining "spouse" in a way so as to extend child and spousal support obligations to certain heterosexual unmarried cohabitants: *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, s. 1; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1, as am. by S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(*c*); *The Family Maintenance Act, 1997*, S.S. 1997, c. F-6.2, s. 2, as am. S.S. 2001, c. 51, s. 5(4); *The Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, ss. 1, 4(3), and 14(1); *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 1(1) and 29, as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 25(1) and (2); *An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6, s. 27, adding a registered civil union regime to the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3), as am. by S.N.B. 2000, c. 59, s. 1; *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c), as am. by S.N. 2000, c. 29, s. 1; *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 29(1)(b); *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2, as am. by S.N.S. 2000, c. 29, s. 3; *Family Property*

Les mesures prises témoignent de la reconnaissance d'une atteinte historique à la dignité de ces personnes. En tentant de remédier à cette situation injuste, on veut signaler qu'on est conscient de la situation ainsi que de la nécessité d'y mettre fin.

Sur le front judiciaire, il a été fait droit à une contestation de dispositions législatives en matière d'assurance excluant de certains avantages les conjoints de fait hétérosexuels : *Miron*, précité. En Alberta, la Cour d'appel a annulé une définition du terme [TRADUCTION] « conjoint » qui limitait le droit à pension alimentaire aux personnes légalement mariées : *Rossu*, précité. Dans l'affaire *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640, la cour a prononcé l'inconstitutionnalité d'une définition restreinte de [TRADUCTION] « conjoint » dans une loi albertaine sur l'aide aux personnes à charge. Enfin, il a été fait droit à une contestation fondée sur la *Charte* de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » dans une ancienne loi de la Saskatchewan en matière de biens matrimoniaux : *C.L.W. c. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237 (B.R.).

Sur le front législatif, les provinces et territoires ont maintenant tous des lois qui définissent le terme « conjoint » de façon à imposer à certains conjoints de fait hétérosexuels des obligations alimentaires en faveur du conjoint et des enfants : *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D-14, art. 1; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1, mod. par S.B.C. 1997, ch. 20, al. 1*c*); *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, ch. F-6,2, art. 2, mod. par L.S. 2001, ch. 51, par. 5(4); *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 1 et par. 4(3) et 14(1); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, par. 1(1) et art. 29, mod. par L.O. 1999, ch. 6, par. 25(1) et (2); *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6, art. 27, ajoutant un régime enregistré d'union civile au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, par. 112(3), mod. par L.N.-B. 2000, ch. 59, art. 1; *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, al. 35c), mod. par S.N. 2000, ch. 29, art. 1; *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, al. 29(1)(b); *Maintenance and Custody Act*,

and Support Act, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 1, as am. by S.Y. 1998, c. 8, s. 10(1); and, *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1(1).

With respect to marital property, a number of provinces and territories have extended the benefit of the presumption of equal sharing to certain heterosexual unmarried cohabitants. These include: Nova Scotia; Manitoba (*The Common-Law Partners' Property and Related Amendments Act*, S.M. 2002, c. 48 (not yet proclaimed)); Saskatchewan (*The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3); and, Nunavut and the Northwest Territories (*Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18). Quebec enacted legislation in 2002 extending the rights and obligations of marriage to particular registered civil unions. Further, several provincial law reform commissions have called for the reform of their province's legislation. For example, the current recommendation from the Law Reform Commission in Ontario is that the definition of "spouse" in that province's marital property statute be extended to include heterosexual unmarried cohabitants: Ontario Law Reform Commission, *supra*, at p. 31.

The enactment of the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, by the federal government has also virtually eliminated any distinctions in federal legislation that existed between heterosexual married and unmarried cohabitants. It should also be noted that human rights legislation throughout Canada recognizes "marital status" as a ground of discrimination. Finally, there exists a great number of other statutes at the provincial level that include heterosexual unmarried cohabitants within a more expanded definition of "spouse".

The legislative branch has made great strides to ensure that heterosexual unmarried cohabitants are given the respect due them in society. This recognition through the extension of benefits speaks volumes to the injustice previously caused by virtue of exclusions based on marital status. By recognizing

R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2, mod. par S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3; *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 1, mod. par L.Y. 1998, ch. 8, par. 10(1); *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, par. 1(1).

161 En ce qui concerne les biens matrimoniaux, plusieurs provinces et territoires ont étendu l'application de la présomption de partage égal à certains conjoints de fait hétérosexuels, notamment la Nouvelle-Écosse; le Manitoba (*Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48 (non en vigueur)); la Saskatchewan (*The Family Property Act*, S.S. 1997, ch. F-6.3); et le Nunavut et les Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur le droit de la famille*, L.T.N-O. 1997, ch. 18). Le Québec a adopté en 2002 une loi étendant l'application des droits et obligations du mariage à des unions civiles enregistrées. En outre, plusieurs commissions provinciales de réforme du droit ont recommandé la réforme de la législation de leur province en la matière. Par exemple, la Commission de réforme du droit de l'Ontario recommande actuellement l'élargissement de la définition du terme « conjoint » dans la loi provinciale sur les régimes matrimoniaux pour y inclure les conjoints de fait hétérosexuels : Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 31.

162 L'adoption par le gouvernement fédéral de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, a aussi pratiquement éliminé toute distinction qui existait dans les lois fédérales entre les cohabitants hétérosexuels mariés et non mariés. Il faut aussi souligner que les lois en matière de droits de la personne au Canada reconnaissent « l'état matrimonial » comme motif de discrimination. Enfin, beaucoup d'autres lois provinciales comportent une définition plus large de « conjoint » ou « *spouse* » qui inclut les cohabitants hétérosexuels.

163 Le législateur a fait d'énormes efforts pour s'assurer que les conjoints de fait hétérosexuels reçoivent le respect qui leur est dû dans la société. Cette reconnaissance par l'élargissement du droit aux avantages en dit long sur l'injustice que causaient auparavant les exclusions fondées sur l'état

the injustice of denying equal benefits to functional equals, legislatures confirm the injustice of maintaining similar distinctions in granting marital property rights. The deliberate choice to extend many benefits falling short of extending marital property ones exacerbates the feeling that the needs of heterosexual unmarried cohabitants are being ignored. The message is that, with respect to dividing assets and ensuring the orderly dissolution of the relationship, heterosexual unmarried cohabitants do not have similar needs as their married counterparts. Such a message simply demeans the dignity of the claimant and her fellow unmarried cohabitants.

matrimonial. En reconnaissant l'injustice de priver d'avantages égaux des personnes fonctionnellement égales, les législatures viennent confirmer qu'il est injuste de maintenir des distinctions de ce type dans les droits en matière de régimes matrimoniaux. Le choix délibéré d'étendre de nombreux avantages mais sans accorder les mêmes droits en matière de régimes matrimoniaux vient exacerber le sentiment qu'on néglige les besoins des conjoints de fait hétérosexuels. On véhicule le message qu'en matière de partage des biens et de règlement ordonné des affaires à la dissolution de l'union, les conjoints de fait hétérosexuels n'ont pas les mêmes besoins que les conjoints mariés. Ce message porte tout simplement atteinte à la dignité de la demanderesse et des conjoints de fait comme elle.

(h) *Inadequacy of Current Equitable Remedies*

h) *L'insuffisance des recours actuels en equity*

164 No analysis of the effects of the underinclusive *MPA* on the claimant's dignity would be complete without some reference to the existing remedies available to heterosexual unmarried cohabitants. I accept that the failure to acknowledge these people in the *MPA* may not violate their dignity or self-worth if adequate alternatives are available. One must presume that the legislature is aware of these legal alternatives in choosing not to extend the presumption of equality under the *MPA*. They may be of the view that heterosexual unmarried cohabitants are already sufficiently protected by the common law and equity, rendering legislative intervention unnecessary.

L'analyse des effets de la portée trop limitative de la *MPA* sur la dignité de la demanderesse ne peut être complète sans l'examen des recours dont peuvent se prévaloir les conjoints de fait hétérosexuels. J'accepte que la non-reconnaissance de cette catégorie de personnes dans la *MPA* peut ne pas porter atteinte à leur dignité ou estime de soi si elles disposent d'autres moyens appropriés de faire valoir leurs droits. Il faut présumer que la législature connaît l'existence de ces autres moyens lorsqu'elle choisit de ne pas étendre la présomption de partage égal en vertu de la *MPA*. Elle peut estimer que les conjoints de fait hétérosexuels reçoivent déjà une protection suffisante en common law et en equity, et que toute intervention législative est inutile.

165 The Supreme Court has made many strides since *Murdoch* to recognize the presence of unjust enrichment in situations involving the dissolution of non-marital relationships. The Court has been of great assistance to these litigants by recognizing, for instance, that the provision of domestic chores may constitute the granting of a significant benefit under the first step of unjust enrichment: see *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. The Court has also made it easy for parties who pass the first step (conferral of benefit) to prove that there has been a corresponding deprivation. At page 45 of *Sorochan*, the Court noted that the devotion of one's free labour

Depuis l'arrêt *Murdoch*, la Cour suprême a fait de grands pas en vue de reconnaître l'enrichissement sans cause dans des cas de dissolution d'unions de fait. La Cour est venue en aide à ces justiciables en reconnaissant, par exemple, que l'exécution de travaux domestiques pouvait équivaloir à l'octroi d'un avantage important à la première étape menant à l'enrichissement sans cause : voir *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. La Cour a également facilité la tâche aux parties ayant franchi la première étape (l'octroi d'un avantage), qui doivent prouver l'existence d'un appauvrissement correspondant. À la page 45 de l'arrêt *Sorochan*, la Cour souligne

typical in most relationships can easily be seen as a deprivation. On the third step, the Court has also reduced the claimant's burden by linking the absence of a juristic reason for the enrichment and deprivation to the absence of any obligation on the part of the contributing spouse to perform the work and services carried out during the relationship: *Sorochan*, *supra*, at p. 46. *Peter*, *supra*, at p. 1018, even contains the comment that the provision of services by itself creates a presumption that they were provided with the expectation of compensation.

qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution sans compensation du travail d'un conjoint, caractéristique de la plupart des unions. Pour la troisième étape, la Cour a également réduit le fardeau du demandeur en rattachant l'absence de motif juridique sous-tendant l'enrichissement et l'appauvrissement à l'absence d'obligation, de la part du conjoint qui a contribué, de fournir les services et travaux effectués pendant la durée de l'union : *Sorochan*, précité, p. 46. L'arrêt *Peter*, précité, p. 1018, précise même que la prestation de services crée en soi une présomption qu'ils ont été fournis dans l'attente d'une contrepartie.

While I fully endorse and applaud this Court's attempts to make the unjust enrichment doctrine more accessible to litigants, I am the first to acknowledge the limitations inherent in seeking out a remedy under this head of obligation. In the first place, the principles relating to the proper remedy to grant are complex and uncertain. For a constructive trust to arise, the claimant must show a direct link between the property and the services rendered: *Peter*, *supra*, at p. 997. This concept can lead to fairly uncertain results.

166 Bien que j'appuie entièrement et applaudisse les efforts de la Cour pour rendre la doctrine de l'enrichissement sans cause plus accessible aux justiciables, je suis la première à reconnaître les limites inhérentes des recours fondés sur cette source d'obligation. Tout d'abord, les principes applicables à la détermination de la réparation appropriée sont complexes et incertains. Pour qu'il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir l'existence d'un lien direct entre le bien et les services rendus : *Peter*, précité, p. 997. Ce concept peut aboutir à des résultats assez incertains.

For instance it is fairly difficult to establish the quantum of one's trust entitlement. Measuring the value of household services, domestic chores, and other such intangibles, is no easy task. It is also highly unpredictable. Should the claimant benefit from a trust of 10 percent, 25 percent, 50 percent, or more for simply doing regular domestic chores? Are farmers' cohabitants more likely to get a greater share because they perform farm chores in addition to the usual domestic services? Unfortunately, great uncertainty prevails in the answer. Counsel must find it difficult to advise their client regarding what they can expect from an application for a remedy under unjust enrichment. The uncertainty makes negotiated settlements much more difficult to achieve. To have recourse to the courts is prohibitively costly. Overall, these are problems unmarried cohabitants have to face at a very difficult time in their lives. Married persons undergoing divorce are offered a simple alternative: the contribution of both spouses is automatically acknowledged with a 50 percent

167 Par exemple, il est assez difficile de quantifier l'étendue de la fiducie. Il n'est pas facile de mesurer la valeur des services ménagers, des travaux domestiques et d'autres éléments intangibles de cette nature. Cette valeur est hautement incertaine. Le demandeur devrait-il bénéficier d'une fiducie dans une proportion de 10 p. 100, 25 p. 100, 50 p. 100 ou plus pour s'être simplement acquitté des travaux domestiques? Les conjoints de fait d'agriculteurs sont-ils davantage susceptibles de toucher une part plus importante parce qu'ils effectuent des travaux agricoles en plus des travaux domestiques habituels? Malheureusement, la réponse comporte une large part d'incertitude. Il doit être difficile pour les avocats de conseiller leurs clients sur ce qu'ils peuvent espérer obtenir dans le cadre d'une demande de réparation fondée sur l'enrichissement sans cause. Cette incertitude rend plus difficiles les règlements négociés. Les poursuites en justice sont extrêmement coûteuses. Généralement, ce sont là des problèmes auxquels

presumed entitlement. It is easier to do the accounting when a strong benchmark such as this is offered. It is not nearly as simple when the quantum is up in the air and left to be established by a court or by the parties after long and costly negotiations. Many of these comments are reiterated by Nova Scotia's Law Reform Commission in their 1997 report advocating for an extension of the presumption to cover heterosexual unmarried cohabitants (p. 21).

les conjoints de fait sont confrontés à une époque particulièrement difficile de leur vie. Les personnes mariées en instance de divorce bénéficient d'une simple solution : la contribution de chacun des conjoints est automatiquement reconnue avec le droit présumé à 50 p. 100 des biens. Les calculs sont facilités par l'existence d'un point de repère solide. Le calcul est loin d'être aussi simple lorsque la part est indéterminée et laissée à l'appréciation du tribunal ou des parties après de longues et coûteuses négociations. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse reprend bon nombre de ces commentaires dans son rapport de 1997, dans lequel elle recommande d'étendre la présomption aux conjoints de fait hétérosexuels (p. 21).

168 The situation facing heterosexual unmarried cohabitants today is no different than the one facing married couples in the late 1970s. The same inadequate, costly remedies that led to reform for married couples are now the only remedies available to non-marital cohabitants. By 1980, the Supreme Court of Canada had already awarded one divorced wife a constructive trust in a significant number of her ex-husband's assets: *Rathwell*, *supra*. Despite the presence of equitable remedies through unjust enrichment and trust law for separated married persons, the predecessor to the *MPA* was enacted. The legislature must have realized at the time that the judge-made remedies insufficiently dealt with the realities faced by divorcing couples. In stipulating a presumption of equal contribution to the marriage, the legislature avoided the difficulties of establishing contribution and the degree of that contribution. If these remedies did not adequately address the concerns of married couples, it follows that the same problems are to be found today for heterosexual unmarried cohabitants.

La situation actuelle des conjoints de fait hétérosexuels n'est pas différente de celle des couples mariés à la fin des années 1970. Les recours inadéquats et coûteux qui ont justifié une réforme à l'égard des couples mariés sont aujourd'hui les seuls recours permis aux conjoints de fait hétérosexuels. En effet, en 1980, la Cour suprême du Canada avait déjà accordé à une épouse divorcée, au moyen d'une fiducie par interprétation, une part importante des biens de son ex-époux : *Rathwell*, précité. Malgré l'existence des recours en equity par l'enrichissement sans cause et le droit des fiducies, pour les conjoints mariés séparés, le législateur a adopté la loi qui a précédé la *MPA*. À l'époque, la législature doit avoir compris que les réparations obtenues devant les tribunaux ne tenaient pas suffisamment compte des réalités vécues par les couples en instance de divorce. En établissant une présomption de contribution égale au mariage, la législature permettait d'éviter les difficultés liées à la preuve et à l'étendue de la contribution. Si ces réparations ne répondaient pas adéquatement aux besoins des couples mariés, il s'ensuit que les mêmes problèmes se posent aujourd'hui pour les couples hétérosexuels non mariés.

169 There is a significant difference between the marital property regime and the remedies currently available under trust law and unjust enrichment doctrines. I hold that it is incorrect to say that the claimant's dignity is not demeaned by offering

Une différence considérable sépare les régimes matrimoniaux des recours disponibles actuellement en vertu du droit des fiducies et de l'enrichissement sans cause. J'estime qu'il est incorrect de dire qu'il n'est pas porté atteinte à la dignité de la

her remedies that are greatly deficient relative to the legislated property regime. Those remedies do not come close to affording heterosexual unmarried cohabitants equal treatment with those who are married.

4. Conclusions Respecting Section 15(1) of the *Charter*

Heterosexual unmarried cohabitants have historically faced disadvantages through a legal system that fails to acknowledge them as legitimate family forms. This pre-existing disadvantage has abated in recent years but remains exacerbated by the denial of equal treatment in the *MPA*. In failing to account for these people, the *MPA* does not serve a justifiable ameliorative purpose, nor does it provide a remedy in response to the actual needs of unmarried people. Worse, this failure to provide the benefits of the *MPA* constitutes a failure to provide a fundamental benefit at a time when it is most needed. In doing so, the legislature draws a distinction based on a status wholly unrelated to the actual needs of people whose relationships of interdependence have come to an end and who, as a result, require redistribution of economic resources through property equalization and support. These needs exist whenever any relationship of dependency breaks apart: the need is not tied to marriage itself but to the interdependence created through long-term relationships. In short, the *MPA* fails to recognize the contributions made by non-married persons to their relationships. This refusal to acknowledge their contribution sends the message that, by virtue of their marital status alone, their relationship is less worthy of respect, recognition and value.

Members of this group feel the loss of dignity by this lack of acknowledgment. Moreover, their dignity is further attacked by claims that the *MPA* is designed to give effect to the intentions of married and unmarried persons at the outset of their relationships. Such claims ignore the express purpose of the *MPA* to remedy ills associated with the termination of these relationships. The right to a presumption of equal contribution, after all, only arises when the

demanderesse quand on lui offre des réparations grandement insuffisantes par rapport au régime légal des biens. Ces réparations sont loin d'accorder aux conjoints de fait hétérosexuels un traitement égal à celui des conjoints mariés.

4. Conclusions relatives au par. 15(1) de la *Charte*

170 Les conjoints de fait hétérosexuels ont traditionnellement été désavantagés dans un système juridique qui n'a pas su les reconnaître parmi les types de famille légitimes. Ce désavantage préexistant s'est atténué au cours des dernières années, mais demeure exacerbé par le déni du droit à l'égalité de traitement dans la *MPA*. En n'incluant pas ces personnes, la *MPA* ne sert pas un objet d'amélioration justifiable et ne met en place aucune mesure réparatrice répondant aux véritables besoins des conjoints de fait. Pis encore, le défaut de conférer les avantages de la *MPA* équivaut à un défaut de conférer un avantage fondamental à un moment où le besoin se fait le plus sentir. La législature établit ainsi une distinction fondée sur un état qui n'a rien à voir avec les besoins véritables de personnes dont la relation d'interdépendance a pris fin et qui doivent, de ce fait, procéder à une nouvelle répartition des ressources économiques par l'égalisation des biens et les obligations alimentaires. Ces besoins naissent à la rupture de la relation de dépendance : le besoin n'est pas lié au mariage même, mais à l'interdépendance créée dans une relation à long terme. Bref, la *MPA* refuse de reconnaître les contributions apportées par les conjoints de fait à leur union. La non-reconnaissance de leurs contributions véhicule le message que, en raison uniquement de leur état matrimonial, leurs relations sont moins dignes d'être respectées, reconnues et valorisées.

171 Les membres de ce groupe ressentent une perte de dignité dans cette non-reconnaissance. Qui plus est, les allégations que la *MPA* est conçue pour donner effet aux intentions des personnes mariées et non mariées au début de leur relation sont une autre atteinte à leur dignité. Ces allégations négligent l'objet explicite de la *MPA*, qui est de remédier aux difficultés rattachées à la rupture de ces relations. Après tout, le droit à la présomption de contribution

relationship comes to an end. Initial intentions are, therefore, of little consequence. In fact, few people realistically believe that any significant number of human beings enter into relationships of love, affection, and companionship in order to produce a particular legal outcome. If anything, some people are unaware or positively mistaken about their legal rights as married or unmarried cohabitants. Worse still, many heterosexual unmarried cohabitants cohabit not out of choice but out of necessity. For many, choice is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose to avoid certain consequences creates a situation of exploitation. It certainly does not enhance the dignity of those who could not "choose" to cohabit.

172 Recognition of the value of unmarried cohabitation by courts and by legislatures also bolsters the view that historic non-recognition was unjust. Attempts to remedy this injustice confirm the existence of the injustice in not providing a remedy. Finally, it cannot be said that the *MPA* survives s. 15(1) scrutiny because of the availability of alternative remedies. These remedies are inadequate relative to those accorded spouses under the *MPA*. They were not good enough for married people in 1980. That has not changed for their unmarried counterparts. I conclude that the purposes of s. 15(1) are not furthered by the unamended *MPA*. As such, the claimant has successfully shown a violation of her dignity.

173 Given my conclusions on the first three steps, it follows that the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter* and is, therefore, *prima facie* unconstitutional.

C. *Is the Legislation Saved by Section 1 of the Charter?*

174 Having found a violation of s. 15(1) of the *Charter*, it remains to be considered whether the *MPA* is saved by virtue of the application of s. 1. I conclude that the s. 1 justification test fails on the first step of the analysis (pressing and substantial objective). It also fails the first aspects of the second step of the analysis (the proportionality analysis). There is no rational connection between the

égale ne naît qu'à la rupture de la relation. Les intentions initiales ont donc peu d'importance. En fait, rares sont ceux qui croient de façon réaliste qu'un grand nombre d'êtres humains s'unissent dans l'amour, l'affection et la compagnie afin de produire un résultat juridique précis. La réalité est que certains ne connaissent pas leurs droits comme couples mariés ou non mariés, ou s'en font une conception entièrement fausse. Pis encore, de nombreux conjoints de fait hétérosexuels cohabitent non par choix, mais par nécessité. Pour beaucoup, les désirs de leur conjoint les privent de ce choix. Refuser à ces personnes une réparation parce que l'autre conjoint a choisi d'éviter certaines conséquences crée une situation d'exploitation, et n'a certainement pas pour effet de promouvoir la dignité des personnes qui ne pouvaient « choisir » de cohabiter.

La reconnaissance par les tribunaux et les législatures de la valeur de l'union de fait renforce également l'idée que la non-reconnaissance historique de ce phénomène était injuste. Les efforts visant à remédier à une injustice confirment la présence de l'injustice. Enfin, on ne peut soutenir que la *MPA* résiste à un examen fondé sur le par. 15(1) parce qu'il existe d'autres recours. Ces recours sont inadéquats par rapport à ceux que la *MPA* confère aux époux. D'ailleurs, ils n'étaient pas satisfaisants en 1980 pour les conjoints mariés. Cela est toujours vrai pour les conjoints de fait. Je conclus que la version non modifiée de la *MPA* ne sert pas à promouvoir les fins du par. 15(1). La demanderesse a donc réussi à démontrer qu'il y a atteinte à sa dignité.

Vu mes conclusions sur les trois premières étapes, la *MPA* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* et est donc, à première vue, inconstitutionnelle.

C. *La loi est-elle validée par l'article premier de la Charte?*

Après avoir conclu à une violation du par. 15(1) de la *Charte*, il reste à déterminer si la *MPA* est validée par l'application de l'article premier. Je conclus que la justification sous le régime de l'article premier échoue à la première étape de l'analyse (objectif urgent et réel). Elle échoue également quant aux premiers aspects de la deuxième étape (l'analyse de la proportionnalité). Il n'existe aucun lien rationnel

exclusion of heterosexual unmarried cohabitants and the legitimate purposes of the *MPA*. There is no need to consider the second and third aspects of the proportionality analysis.

1. General Principles

The question of whether the *MPA* constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society can only be answered by reference to the principles first set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and since interpreted by this Court on countless occasions, the most recent in the context of a s. 15(1) challenge being *M. v. H.*, *supra*, and *Lavoie*, *supra*.

Two broad inquiries are involved. First, the goal of the legislation is ascertained to determine if it relates to concerns "which are pressing and substantial in a free and democratic society": *Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. It is only these objectives that are of sufficient importance to justify a breach of the *Charter*. The second stage amounts to a proportionality analysis which balances the interests of society with those of groups and individuals. The proportionality stage is divided into three inquiries or branches. First, is the *MPA* rationally connected to this objective? Secondly, does the *MPA* impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish this objective? Finally, a balancing is conducted between the effect of the discrimination and the benefit achieved by it to determine if they are proportionate. A negative answer to any of these inquiries resolves the matter in favour of the claimant and against the government.

The burden under s. 1 is an onerous one. It is best captured in this passage from *Lavoie*, *supra*, at para. 6:

> This brings us to s. 1 of the *Charter* and the question of whether the discrimination this law effects is justified in a free and democratic society. In conducting the s. 1 analysis, "it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found" (*Corbiere*, *supra*, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 98 (emphasis deleted)). Indeed, "cases will be rare where it is found reasonable in

entre l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels et les objets légitimes de la *MPA*. Il n'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième aspects de l'analyse de la proportionnalité.

1. Principes généraux

175 On ne peut déterminer si la *MPA* constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique qu'en se rapportant aux principes initialement formulés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et interprétés depuis à d'innombrables reprises par la Cour, plus récemment dans le contexte du par. 15(1) avec les arrêts *M. c. H.* et *Lavoie*, précités.

176 Il faut se poser deux grandes questions. Tout d'abord, il faut examiner l'objectif de la loi pour décider s'il se rapporte à des préoccupations « urgentes et réelles dans une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 139. Seuls ces objectifs suffisamment importants peuvent justifier une violation de la *Charte*. Il faut ensuite procéder à une analyse de la proportionnalité pour soupeser les intérêts de la société par rapport à ceux des personnes et des groupes. Cette analyse comporte trois volets. Premièrement, existe-t-il un lien rationnel entre la *MPA* et cet objectif? Deuxièmement, l'atteinte au droit dans la *MPA* reste-t-elle dans les limites de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre cet objectif? Enfin, il faut soupeser l'effet de la discrimination et l'avantage réalisé pour déterminer s'ils sont proportionnées. Une réponse négative à l'une de ces questions résout le litige en faveur du demandeur et contre le gouvernement.

177 La tâche à accomplir en vertu de l'article premier est « lourde ». Cet extrait tiré de l'arrêt *Lavoie*, précité, par. 6, la décrit le mieux :

> Nous devons maintenant examiner l'article premier de la *Charte* et décider si l'effet discriminatoire de la loi est justifié dans une société libre et démocratique. Dans cette analyse, « il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte » (*Corbiere*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, par. 98 (soulignement omis)). En vérité, « rares seront les cas dans lesquels

a free and democratic society to discriminate" (see *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, *per* L'Heureux-Dubé J., at para. 95 (citing *Andrews*, *supra*, *per* Wilson J., at p. 154)). Discrimination on the basis of non-citizenship will attract close scrutiny. To quote La Forest J. in *Andrews*, *supra*, at p. 201:

> If we allow people to come to live in Canada, (we) cannot see why they should be treated differently from anyone else. Section 15 speaks of every individual. There will be exceptions no doubt, but these require the rigorous justification provided by s. 1.

The majority of this Court in *Andrews* held that the burden of justification in cases such as this is "onerous".

178 In the present case, the onus fell on the appellant to justify the *Charter* violation. In its attempt to discharge the onus, the appellant presented this Court with no proof on the record as to the legislative intent surrounding the enactment of the *MPA* and its predecessor. While I would have preferred evidence on this matter, I nevertheless will deal with the appellant's attempt to discharge its onus.

2. Pressing and Substantial Objective

179 In *Vriend*, *supra*, at para. 109, Iacobucci J. states that, where a law has been found to violate the *Charter* due to underinclusion, the purpose is to be gleaned by a consideration of the legislation as a whole, the provision under scrutiny, and the omission itself.

180 With respect to the *MPA*, its overall purpose can easily be gauged by reference to the preamble set out earlier in these reasons. The general purpose appears to be to strengthen the family by providing for a needed redistribution of wealth at the termination of marriage. This redistribution, according to the preamble, is facilitated by acknowledging the contribution made by both spouses to the marriage. The appellant in its factum writes, at para. 89, that the objective of the *MPA* is "the protection of individuals from the harmful economic effects following the breakdown of the marriage". I agree with this characterization of the objective especially in light of the explicit wording of the preamble. The analysis is not complete, however,

il sera raisonnable de discriminer dans une société libre et démocratique » (voir *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, le juge L'Heureux-Dubé, par. 95 (citant *Andrews*, le juge Wilson, p. 154)). La discrimination fondée sur la non-citoyenneté doit faire l'objet d'un examen minutieux. Pour citer le juge La Forest dans *Andrews*, p. 201 :

> Si nous permettons à des gens de venir s'installer au Canada, je ne vois pas pourquoi on devrait les traiter différemment des autres. L'article 15 parle de « tous ». Bien sûr, il y aura des exceptions, mais celles-ci seront soumises à la justification rigoureuse prescrite par l'article premier.

Dans *Andrews*, la majorité conclut que la responsabilité de justifier une mesure discriminatoire dans ce type de cas est « lourde ».

En l'espèce, il incombait à l'appelant de justifier la violation de la *Charte*. Ce faisant, l'appelant n'a présenté aucune preuve à la Cour quant à l'intention du législateur lors de l'adoption de la *MPA* et de la loi qui l'a précédée. J'aurais préféré disposer d'une preuve sur ce point, mais j'examinerai néanmoins les arguments avancés par l'appelant.

2. Objectif urgent et réel

Dans l'arrêt *Vriend*, précité, par. 109, le juge Iacobucci affirme que, lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, il faut en dégager l'objet en examinant l'ensemble de la loi, les dispositions contestées et l'omission elle-même.

En ce qui concerne la *MPA*, on peut facilement apprécier son objectif global en se référant au préambule cité plus haut. La loi semble viser dans l'ensemble le renforcement de la famille au moyen d'une nouvelle répartition nécessaire des biens à la rupture du mariage. Selon le préambule, la reconnaissance de la contribution apportée au mariage par chaque conjoint facilite cette nouvelle répartition. Dans son mémoire, l'appelant écrit au par. 89 que l'objectif de la *MPA* consiste en [TRADUCTION] « la protection des personnes contre les effets économiques préjudiciables découlant de la rupture du mariage ». Je souscris à cette définition de l'objectif au vu, particulièrement, du libellé explicite du préambule. Cependant, l'analyse ne serait pas

without a review of the provision defining the word "spouse".

When the provision in question and the omission are added into the mix, the objective becomes a little less clear. It is argued that, considering the legislation as a whole as well as the definition of "spouse" with its inherent omission, the *MPA*'s purpose is the promotion of marriage through the creation of a simple regime available on its dissolution. In light of this Court's decision in *Miron*, the objective of promoting marriage over other, functionally equal forms of intimate relationships like heterosexual unmarried cohabitation is not permissible. It is a discriminatory objective. As Dickson J. states in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331: "both purpose and effect are relevant in determining constitutionality". I therefore agree with the finding of the Court of Appeal in the case at bar that the appellant is not entitled to rely on an objective that supports the institution of marriage over non-marital cohabitation relationships.

Looking at the omission of heterosexual unmarried cohabitants specifically, I do not see what pressing and substantial objective such exclusion pursues. I have already dealt with the reasons put forward by the appellant for this exclusion. I found them to be unconvincing. There was no contractual or choice basis for drawing the distinction between the two groups in question. Further, there was no major difference between the two relationships relative to the consequences felt by both on dissolution. There does not therefore appear to be a pressing and substantial objective to the omission of heterosexual unmarried cohabitants. Taken as a whole, the appellant's characterization of the objective is incomplete. The true objective of the *MPA*, to use the appellant's words and my own, is "the protection of [married] individuals from the harmful economic effects following the breakdown of the marriage [to the exclusion of all non-married cohabitants]". As a whole, this is not a constitutional objective.

As a result of the foregoing analysis, I conclude that the appellant has not met the onus under s. 1 to

complète sans un examen de la disposition définissant [TRADUCTION] « conjoint ».

181 Lorsqu'on ajoute la disposition en cause et l'omission, l'objectif de la *MPA* devient un peu moins évident. D'une part, on soutient que, compte tenu de la loi dans son ensemble ainsi que de la définition de « conjoint » et de ce qui en est omis, la *MPA* vise à promouvoir le mariage par la mise en place d'un régime simple applicable à la dissolution du mariage. En raison de l'arrêt *Miron*, un objectif qui consiste à promouvoir le mariage de préférence à d'autres formes fonctionnellement équivalentes de relations intimes, comme l'union de fait hétérosexuelle, n'est pas acceptable. Il s'agit d'un objectif discriminatoire. Comme le juge Dickson l'affirme dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331 : « l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité ». À l'instar de la Cour d'appel en l'espèce, je conclus que l'appelant ne peut invoquer un objectif qui fait la promotion de l'institution du mariage de préférence à la cohabitation de partenaires non mariés.

182 En ce qui concerne en particulier l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels, je ne vois pas quel objectif urgent et réel la sous-tend. J'ai déjà examiné les motifs invoqués par l'appelant au soutien de cette exclusion. J'estime qu'ils sont peu convaincants. La distinction entre les deux groupes en question ne se fonde ni sur une base contractuelle, ni sur un choix. De plus, aucune différence importante ne sépare les deux types d'union quant aux conséquences découlant d'une rupture. Il ne semble donc pas exister d'objectif urgent et réel justifiant l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels. Dans l'ensemble, l'appelant donne une définition incomplète de l'objectif. Pour compléter ce que dit l'appelant, le véritable objectif de la *MPA* est [TRADUCTION] « la protection des personnes [mariées] contre les effets économiques préjudiciables découlant de la rupture du mariage [à l'exclusion de tous les conjoints de fait] ». Un tel objectif est inconstitutionnel.

183 Vu l'analyse qui précède, je conclus que l'appelant n'a pas démontré comme il lui incombait de le

demonstrate that the purpose of the *MPA* and provision in question is so substantial as to justify a breach of a constitutional right.

3. Proportionality

184 Although it is not strictly necessary for me to continue with the proportionality branch of the *Oakes* test, a full answer to the questions before this Court would not be complete without some comments on this matter. For the purposes of the proportionality analysis, I will assume that the *MPA* serves one of two constitutional objectives. The first objective is the promotion of marriage, one that I have found not to be pressing and substantial in light of the discriminatory nature of the objective. The second, broader objective, is that of ensuring that parties facing the dissolution of any relationship of some interdependence are given full and fair access to an equitable means of resolving their differences through wealth redistribution in the form of marital asset equalization. This broader objective is acknowledged not to be the one pursued by the *MPA*, given the limitation on the definition of "spouse". I would add to these objectives the goal of reducing the pressures on public welfare. Minimizing the burden on the welfare system has been advocated as one of the purposes of legislation that distributes wealth through support or property division: see Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 29-31; and *M. v. H.*, *supra*, at para. 98.

185 At the rational connection stage, one begins by determining whether there is a nexus between the objective and the means chosen to further that objective. The means here include the provision and the omission: *M. v. H.*, *supra*, at para. 108. In this case, the provision and omission are indistinguishable, both being contained in the definition of "spouse" with its inherent exclusion.

186 Taking the broadest possible objective first, that of providing for an equitable means of resolving property disputes on the dissolution of all relationships of some permanence and interdependence, it is quite clear that excluding a whole group that displays the very characteristics of permanence and

faire sous le régime de l'article premier, que l'objectif de la *MPA* et de la disposition en cause est suffisamment réel pour justifier une atteinte à un droit constitutionnel.

3. La proportionnalité

Quoique je n'aie pas à proprement parler besoin d'aller plus loin et d'examiner le volet proportionnalité du test de l'arrêt *Oakes*, la réponse aux questions dont la Cour est saisie ne serait pas complète sans quelques commentaires sur ce point. Pour l'analyse de la proportionnalité, je supposerai que la *MPA* vise l'un ou l'autre de deux objectifs constitutionnels. Le premier est la promotion du mariage, objectif que j'ai jugé ne pas être urgent ou réel compte tenu de son caractère discriminatoire. Le deuxième, plus large, est d'assurer que les parties bénéficient, au moment de la dissolution de toute union caractérisée par un lien d'interdépendance, du plein accès à un moyen équitable de règlement des différends par le recours à une nouvelle répartition des biens sous forme d'une péréquation des biens matrimoniaux. On a reconnu que cet objectif plus large n'était pas celui que poursuivait la *MPA*, vu le caractère restrictif de la définition de « conjoint ». Outre ces objectifs, j'ajouterais celui de réduire les charges d'aide sociale. La réduction du fardeau de l'aide sociale a été invoquée comme un des objectifs d'une loi visant la répartition des ressources par le jeu des obligations alimentaires ou du partage des biens : voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 29-31, et *M. c. H.*, précité, par. 98.

À l'étape du lien rationnel, on détermine d'abord s'il existe un lien entre l'objectif et les moyens choisis pour y parvenir. En l'occurrence, les moyens comprennent la disposition et l'omission : *M. c. H.*, précité, par. 108. En l'espèce, on ne peut distinguer la disposition de l'omission en cause, car les deux sont comprises dans la définition de « conjoint » et son exclusion implicite.

Prenant d'abord l'objectif le plus général possible, l'établissement d'un mécanisme équitable de résolution des litiges en matière de biens applicable à la rupture d'une relation présentant une certaine permanence et interdépendance, il est assez évident que l'exclusion de tout un groupe

interdependence (as well as the same needs on dissolution) is not rationally connected to this objective. In terms of the welfare objective of the *MPA*, this exclusion creates potential situations of poverty for people who have grown dependent on their unmarried partner and find themselves without the means of self-support at the end of the relationship nor with an easy way to access the potential wealth held by the former partner.

Adopting the narrower objective of promoting marriage, I do not see how excluding non-married persons promotes the institution of marriage. If the institution of marriage is promoted by way of a presumption of equal contribution, it makes little difference if that same presumption is accorded to any other group of people. The presumption will still be there for married persons. For them, the vaunted *MPA* benefits are always available no matter who else has access to them. In other words, excluding or including others within the scope of the *MPA* is not a means that can be said to be rationally connected to the objective of promoting marriage. Like Iacobucci J. who, in *M. v. H.*, concluded that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of Ontario's *Family Law Act* does not further the objective of assisting heterosexual women, I conclude that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants does not assist married cohabitants. The rational connection test fails.

4. Conclusion Respecting Section 1

The appellant has failed to discharge its onus under s. 1. None of the objectives considered are pressing and substantial. Assuming that they are, the means chosen are not proportional to the objectives due to the absence of any connection between the exclusion of unmarried heterosexual cohabitants from the *MPA* and the purported purpose of the statute. There is no need to enter into any of the other steps under the proportionality analysis.

possédant ces caractéristiques de permanence et d'interdépendance (ainsi que les mêmes besoins à la dissolution) ne comporte aucun lien rationnel avec cet objectif. Pour ce qui est de l'objectif touchant à l'aide sociale, l'exclusion crée un risque de pauvreté pour des personnes devenues dépendantes de leur conjoint de fait, et n'ayant plus les moyens de subvenir à leurs besoins à la rupture de la relation ni aucun accès facile aux ressources que peut détenir l'ancien conjoint.

187 En adoptant l'objectif plus limité de la promotion du mariage, je m'explique mal comment l'exclusion de conjoints de fait contribue à promouvoir l'institution du mariage. Si l'existence d'une présomption de contribution égale renforce l'institution du mariage, le fait d'étendre cette présomption à un autre groupe n'y change rien. Les personnes mariées pourront toujours se prévaloir de la présomption. Elles auront toujours accès aux avantages tant vantés de la *MPA* peu importe qui d'autre y a droit. En d'autres termes, on ne peut dire que l'exclusion ou l'inclusion d'autres personnes de l'application de la *MPA* comporte un lien rationnel avec l'objectif de la promotion du mariage. Comme le juge Iacobucci qui conclut dans *M. c. H.* que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints instauré par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario ne contribue pas à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles, je conclus que l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels ne bénéficie pas aux conjoints mariés. Il n'est pas satisfait au critère du lien rationnel.

4. Conclusion relativement à l'article premier

188 L'appelant n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait sous le régime de l'article premier. Aucun des objectifs examinés ne sont urgents et réels. Même s'ils l'étaient, les moyens choisis pour les réaliser ne sont pas proportionnels aux objectifs vu l'absence de lien entre l'exclusion de la *MPA* des conjoints de fait hétérosexuels et de l'objet de cette loi. Il n'est pas nécessaire de passer aux autres étapes de l'analyse de la proportionnalité.

VI. Conclusion

189 The definition of spouse contained in s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act* violates s. 15(1) of the *Charter* in a manner that is not saved by s. 1. Since the *MPA* has been amended and since the parties have settled their dispute as regards the division of property and assets, I do not need to discuss the issue of remedy. Accordingly, this appeal is dismissed with costs throughout. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is "yes", is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No.

The following are the reasons delivered by

190 GONTHIER J. — I am in agreement with the reasons of Justice Bastarache. However, I wish to add certain comments to emphasize the individual and social importance of the choice to enter into marriage. The right to equality is a comparative right, the scope of which can only be understood with reference to an appropriate comparator group. The purpose of such a comparison is to determine whether the person invoking s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is subject to differential treatment sufficient to constitute a violation of the equality right. A range of factors must be taken into account in determining the appropriate comparator group and comparative factors, including, most notably, the social, political and legal context (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32). The respondent Walsh claims that she is a victim of discrimination because she does not benefit from the presumption of equal division of matrimonial property applicable to married couples. In her opinion,

VI. Conclusion

La définition de « conjoint » à l'al. 2g) de la *Matrimonial Property Act* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier. Puisque la *MPA* a été modifiée et que les parties ont réglé leur différend quant au partage des biens et des actifs, je n'ai pas à examiner la question de la réparation. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je souscris aux motifs du juge Bastarache. Toutefois, je tiens à ajouter quelques commentaires pour souligner l'importance, pour les personnes et pour la société, du choix de contracter mariage. Le droit à l'égalité est un droit comparatif dont la portée ne peut être saisie qu'en rapport avec un groupe de comparaison approprié. Le but d'une telle comparaison est de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est soumise à une différence de traitement suffisante pour constituer une atteinte au droit à l'égalité. Pour identifier le groupe de comparaison et les facteurs comparatifs appropriés, il faut tenir compte d'une gamme de facteurs y compris, notamment, le contexte social, politique et juridique (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1331-1332). L'intimée Walsh prétend être victime de discrimination parce qu'elle ne bénéficie pas de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux qui s'applique aux couples mariés. À

the similarities between a common law union and a marriage are such that differential treatment necessarily violates her dignity. In short, she suggests that all benefits and burdens conferred on married couples must equally be accorded to common law couples.

Legislative provisions that attach burdens and advantages to marriage are not discriminatory in and of themselves. Legislatures are entitled to define and promote certain fundamental institutions. The institution of marriage is founded on the consent of the parties. As Bastarache J. expressed, marriage is contractual in nature. It is therefore fitting that certain attributes, rights and obligations, which serve to give marriage its unique character, are not conferred on unmarried couples. Indeed, these are the characteristics that distinguish marriage from other forms of cohabitation.

I. Marriage and the Family

Marriage and the family existed long before any legislature decided to regulate them. For centuries they have been central to society, contributing to its social cohesion and fundamental structure (see generally, *The New Encyclopædia Britannica* (15th ed. 1990), vol. 19, at pp. 59-83). As stated by Professor J. Pineau: [TRANSLATION] "[t]he state cannot be unconcerned with marriage, since it provides the necessary stability in a family's life: 'according to the true order, the laws relating to marriage should be those which are first determined in every state', said Plato" (*Mariage, séparation, divorce: L'état du droit au Québec* (1976), at p. 16). Marriage and the family promote the psychological, social and economic well-being of all members of the family unit.

It is within the family that individuals can express their deepest and most intimate feelings. The preamble to the *Act Respecting the Conseil de la famille et de l'enfance*, R.S.Q., c. C-56.2, recognizes the family as "the first cultural and social environment in which every individual is born" and, further, states that "the welfare of society is based on the welfare of the family and of the individuals composing it" (emphasis added). Marriage, a

son avis, les similitudes qui existent entre l'union de fait et le mariage sont telles que la différence de traitement porte nécessairement atteinte à sa dignité. En bref, elle soutient que tous les avantages et toutes les obligations applicables aux conjoints mariés doivent être également applicables aux conjoints de fait.

191 Les textes législatifs qui rattachent des obligations et des avantages au mariage ne sont pas discriminatoires en soi. Le législateur a le droit de définir et de favoriser certaines institutions fondamentales. L'institution du mariage repose sur le consentement des parties. Comme le fait remarquer le juge Bastarache, le mariage est de nature contractuelle. Il est donc normal que certains attributs, droits et obligations qui donnent au mariage son caractère spécifique, ne soient pas conférés aux couples non mariés. En effet, il s'agit des caractéristiques qui distinguent le mariage des autres formes de cohabitation.

I. Le mariage et la famille

192 Le mariage et la famille existent depuis bien avant qu'un législateur quelconque décide de les réglementer. Depuis des siècles, ils jouent un rôle primordial dans la société en contribuant à sa cohésion et à sa structure fondamentale (voir, de manière générale, *The New Encyclopædia Britannica* (15e éd. 1990), vol. 19, p. 59-83). Selon le professeur J. Pineau, « [l]'État ne peut pas se désintéresser du mariage, car celui-ci assure la stabilité nécessaire à la vie d'une famille : 'Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage', disait Platon » (*Mariage, séparation, divorce : L'état du droit au Québec* (1976), p. 16). Le mariage et la famille favorisent le bien-être psychologique, social et économique de tous les membres de l'unité familiale.

193 C'est au sein de la famille que les personnes peuvent exprimer leurs sentiments les plus profonds et les plus intimes. Le préambule de la *Loi sur le Conseil de la famille et de l'enfance*, L.R.Q., ch. C-56.2, reconnaît la famille comme le « premier milieu de vie, d'apprentissage et de socialisation » et affirme également que « le bien-être de la famille et des individus qui la composent est la base du bien-être de la société » (je souligne). Le

commitment that is entered into on the basis that it is permanent and irrevocable, gives structure to the family, providing it with the stability best suited to the education and rearing of children. Indeed, the concepts of marriage and the family are intimately intertwined. Article 16 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), illustrates the link between these institutions, as well as their central importance to our society:

Article 16

1. Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

2. Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.

3. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. [Emphasis added.]

Similarly, in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, this Court made the following comments:

Marriage and the family are a superb environment for raising and nurturing the young of our society by providing the initial environment for the development of social skills. These institutions also provide a means to pass on the values that we deem to be central to our sense of community.

194 The fundamental nature of marriage inheres in, among other things, its central role in human procreation, and its ability to offer both children and parents a framework for the development of values within the family. Living together as a family and rearing children in this context is foundational to our society. Marriage and family life are not inventions of the legislature; rather, the legislature is merely recognizing their social importance.

195 The modern state regulates marriage through numerous legislative measures and, thereby, recognizes the importance of this institution. As La Forest J. stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 21: "marriage has from time

mariage, un engagement qui est conclu sur la base de son caractère permanent et irrévocable, donne une structure à la famille et lui procure la stabilité qui convient le mieux à l'éducation des enfants. En fait, les concepts de mariage et de famille sont étroitement liés. L'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), illustre le lien qui existe entre ces institutions ainsi que le rôle primordial qu'elles jouent dans notre société :

Article 16

1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. [Je souligne.]

De même, dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 848, la Cour fait les remarques suivantes :

Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d'interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité.

L'importance fondamentale du mariage réside, entre autres, dans son rôle primordial dans la procréation humaine et dans sa capacité d'offrir aux enfants et aux parents un cadre favorable pour le développement des valeurs au sein de la famille. La vie familiale et l'éducation des enfants dans ce contexte sont fondamentales dans notre société. Le mariage et la vie familiale ne sont pas des inventions du législateur; le législateur ne fait que reconnaître leur importance sociale.

L'État moderne réglemente le mariage par de nombreuses mesures législatives et reconnaît ainsi l'importance de cette institution. Comme l'affirme le juge La Forest dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 21 : « le mariage est depuis des

immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions". The institution of marriage is shaped through legislation, and its role as a fundamental institution is recognized at both the provincial and national levels. In recognition of the importance of the social act of marriage, the Fathers of Confederation saw fit to divide powers in this area between the provincial and federal governments. Section 91(26) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament jurisdiction over marriage and divorce. Under this head of power, it recently enacted the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12. Section 1.1 of this statute states that the amendments made by the new Act "do not affect the meaning of the word 'marriage', that is, the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others". In Quebec, s. 5 of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, serves to define the institution of marriage by providing that "[m]arriage requires the free and enlightened consent of a man and a woman to be the spouse of the other" (emphasis added).

Section 92(12) of the *Constitution Act, 1867* provides that jurisdiction over "[t]he Solemnization of Marriage in the Province" belongs to the provinces. Thus, for instance, art. 365 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, states that "[m]arriage shall be contracted openly, in the presence of two witnesses, before a competent officiant" (emphasis added). Furthermore, common law definitions of marriage support the view that it is a lawful and voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all others (see: *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, *per* Lord Penzance; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct.)). The Constitution clearly empowers the legislature to determine, in formulating social policy, the rights and obligations of married couples and to decide whether it will confer some or all of these rights and obligations on unmarried couples.

temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes ». L'institution du mariage est façonnée par la loi et son rôle comme institution fondamentale est reconnu aux niveaux provincial et national. Reconnaissant l'importance de l'acte social qu'est le mariage, les Pères de la Confédération ont jugé bon de partager les pouvoirs en ce domaine entre les gouvernements fédéral et provinciaux. En vertu du par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence en matière de mariage et de divorce. Sous ce chef de compétence, il a récemment adopté la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12. L'article 1.1 de cette loi mentionne que les modifications qu'elle apporte « ne changent pas le sens du terme "mariage", soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne ». Pour le Québec, l'art. 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, sert à définir l'institution du mariage et prévoit que « [l]e mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux » (je souligne).

196 Le paragraphe 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* précise que la compétence en matière de « célébration du mariage dans la province » appartient aux provinces. Donc, par exemple, l'art. 365 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, prévoit que « [l]e mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins » (je souligne). De plus, les définitions du mariage en common law appuient l'opinion selon laquelle il s'agit de l'union volontaire et légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne (voir : *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, lord Penzance; *Layland c. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3d) 658 (C. div.)). La Constitution habilite clairement la législature à fixer, lorsqu'elle formule une politique sociale, les droits et les obligations des couples mariés et à décider si elle conférera une partie ou l'ensemble de ces droits et obligations aux couples non mariés.

197 In Nova Scotia, the legislature expressed its intention to promote the family through marriage in the preamble to the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9:

> WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;
>
> AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;
>
> AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;
>
> AND WHEREAS it is necessary to provide for mutual obligations in family relationships including the responsibility of parents for their children;
>
> AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets; [Emphasis added.]

198 This Act addresses matrimonial assets acquired during the marriage by considering the effect of marriage breakdown on the assets of the spouses. It offers married couples a legal framework within which the division of matrimonial assets will be addressed. The Nova Scotia legislature chose not to extend the application of the *Matrimonial Property Act* to unmarried couples. Although the wording of the Act makes the intention of the legislature very clear, I refer nonetheless to comments made in the final report of the Nova Scotia Commission that studied the issue of division of matrimonial assets:

> The *Matrimonial Property Act* was adopted in Nova Scotia in 1980 as part of a general law reform movement in all the common law provinces which attempted to address dissatisfaction with the existing law regarding division of property on the ending of marriage. [Emphasis added.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), at p. 5)

En Nouvelle-Écosse, dans le préambule de la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9, la législature a exprimé son intention de favoriser la famille par l'entremise du mariage :

> [TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;
>
> ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;
>
> ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;
>
> ET QU'il est nécessaire de prévoir les obligations mutuelles dans les rapports de la famille y compris la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants;
>
> ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage. [Je souligne.]

Cette loi traite des biens matrimoniaux acquis durant le mariage par la prise en compte de l'incidence de la rupture du mariage sur les biens des époux. Elle offre aux couples mariés un cadre juridique qui permet de régler la question du partage des biens matrimoniaux. La législature de la Nouvelle-Écosse a choisi de ne pas étendre l'application de la *Matrimonial Property Act* aux couples non mariés. Bien que le libellé de la loi traduise d'une façon très claire l'intention de la législature, je cite néanmoins les remarques suivantes du rapport final de la commission qui, en Nouvelle-Écosse, a étudié la question du partage des biens matrimoniaux :

> [TRADUCTION] La *Matrimonial Property Act* a été adoptée en Nouvelle-Écosse en 1980 dans le cadre d'un mouvement de réforme globale du droit dans l'ensemble des provinces de common law en vue de répondre aux insuffisances du droit existant concernant le partage des biens à la rupture du mariage. [Je souligne.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), p. 5)

II. Contractual Nature of Marriage

Married status can only be acquired through the expression of a clear, free and personal choice, without which the marriage may be annulled. As I wrote in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 46 :

> The decision to marry includes the acceptance of various legal consequences incident to the institution of marriage, including the obligation of mutual support between spouses and the support and raising of children of the marriage. In my view, freedom of choice and the contractual nature of marriage are crucial to understanding why distinctions premised on marital status are not necessarily discriminatory: where individuals choose not to marry, it would undermine the choice they have made if the state were to impose upon them the very same burdens and benefits which it imposes upon married persons. The authors Michael D. A. Freeman and Christina M. Lyon, in *Cohabitation without Marriage* (1983), at p. 191, make just these points:
>
> > . . . marriage is a voluntary institution in which the parties express their willingness to commit themselves to each other for life. Whether they are completely cognisant of all the legal effects of such a commitment is immaterial; the commitment is made, nevertheless, and marital rights and obligations inevitably follow. Cohabiting couples do not make that same commitment, and rights and duties akin to marriage should not as a result follow. The danger with imposing the incidents of marriage on a cohabiting couple is that it constitutes a denial of a fundamental freedom.

Marriage is an institution in which couples agree to participate by the expression of a formal and public choice. The contractual nature of marriage distinguishes married couples from common law couples who have not expressed their wish to be bound by the obligations of marriage. This is not to deny that many unmarried couples have relationships similar to those of married couples, marked by love and longevity. Clearly, although marriage can offer an environment conducive to the well-being of the family, marriage is not the only way to achieve this end. As my colleague Justice L'Heureux-Dubé states in her reasons, more and more couples are choosing not to marry in Canada, and legislatures have responded to this reality by enacting numerous

II. La nature contractuelle du mariage

Le statut de personne mariée ne peut être acquis que par l'expression d'un choix clair, libre et personnel, sans lequel le mariage peut être frappé de nullité. Comme je l'affirme dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 46 : 199

> La décision de se marier emporte acceptation des diverses conséquences juridiques propres à l'institution du mariage, y compris l'obligation réciproque de soutien ainsi que les aliments et l'éducation des enfants issus du mariage. À mon avis, la liberté de choix et la nature contractuelle du mariage sont essentiels pour comprendre pourquoi les distinctions fondées sur l'état matrimonial ne sont pas nécessairement discriminatoires : lorsque des personnes choisissent de ne pas se marier, l'État écarterait ce choix s'il leur imposait les mêmes fardeaux et avantages qu'aux personnes mariées. Les auteurs Michael D. A. Freeman et Christina M. Lyon, dans l'ouvrage intitulé *Cohabitation without Marriage* (1983), à la p. 191, soulignent la chose :
>
> > [TRADUCTION] . . . le mariage est une institution volontaire dans laquelle les parties expriment le désir de s'engager l'une envers l'autre pour la vie. Il importe peu qu'elles soient pleinement conscientes de toutes les répercussions juridiques de cet engagement; celui-ci est néanmoins pris et il donne invariablement naissance à des droits et des obligations. Les couples qui cohabitent ne prennent pas le même engagement, et cette cohabitation ne devrait pas donner lieu à des droits et obligations qui s'apparentent au mariage. Imposer à un couple en cohabitation les devoirs et privilèges propres au mariage risque de constituer une négation de liberté fondamentale.

Le mariage est une institution à laquelle les conjoints adhèrent par l'expression d'un choix officiel et public. C'est la nature contractuelle du mariage qui permet de faire une distinction entre les couples mariés et les conjoints de fait qui, eux, n'ont pas exprimé le désir d'être liés par les obligations du mariage. Cela ne revient pas à nier que de nombreux couples non mariés vivent des relations semblables à celles vécues par les couples mariés, c'est-à-dire des relations caractérisées par l'amour et la durabilité. De toute évidence, si le mariage peut offrir un environnement favorable au bien-être de la famille, il n'est pas la seule manière d'atteindre cet objectif. Comme le dit ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses 200

legislative provisions that seek to promote values traditionally associated with marriage, while also imposing obligations and conferring benefits on unmarried couples. However, the fact that some unmarried couples have relationships similar to married couples does not undermine the central distinguishing feature of the institution of marriage: permanent contractual commitment. Marriage is of a solemn and permanent nature, and couples who have entered into such a contractual commitment constitute a large majority in this country. As Professor Z. Wu demonstrates, the marital relationship is the most stable form of relationship. Almost 90 percent of first marriages last at least 10 years, whereas only 12 percent of common law relationships achieve this duration: *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at p. 108. According to Professor Wu (at p. 108):

> There is no doubt that cohabiting unions are more vulnerable and less stable than marital unions. Indeed, less than half of all cohabiting unions are expected to last for three years.

201 It is by choice that married couples are subject to the obligations of marriage. When couples undertake such a life project, they commit to respect the consequences and obligations flowing from their choice. The choice to be subject to such obligations and to undertake a life-long commitment underlies and legitimates the system of benefits and obligations attached to marriage generally, and, in particular, those relating to matrimonial assets. To accept the respondent Walsh's argument — thereby extending the presumption of equal division of matrimonial assets to common law couples — would be to intrude into the most personal and intimate of life choices by imposing a system of obligations on people who never consented to such a system. In effect, to presume that common law couples want to be bound by the same obligations as married couples is contrary to their choice to live in a common law relationship without the obligations of marriage.

motifs, de plus en plus de couples au Canada choisissent de ne pas se marier et les législatures ont fait face à cette réalité en adoptant de nombreux textes législatifs qui visent à favoriser les valeurs traditionnellement associées au mariage, tout en imposant aussi des obligations et en conférant des avantages aux couples non mariés. Toutefois, le fait que des couples non mariés vivent des relations semblables à celles de couples mariés n'affecte en rien l'importante caractéristique distinctive de l'institution du mariage, l'engagement contractuel permanent. Le mariage a un caractère solennel et permanent et les conjoints qui ont conclu un tel engagement contractuel sont en forte majorité au Canada. Comme l'explique le professeur Z. Wu, la relation matrimoniale est la forme de relation la plus stable. Près de 90 p. 100 des premiers mariages durent au moins 10 ans alors que seulement 12 p. 100 des unions de fait durent aussi longtemps : *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 108. Selon le professeur Wu (à la p. 108) :

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les unions de fait sont plus fragiles et moins stables que les mariages. En fait, plus de la moitié de l'ensemble des unions de fait durent moins de trois ans.

C'est par choix que les couples mariés s'assujettissent aux obligations du mariage. Lorsque les époux entreprennent un tel projet de vie, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Le choix de s'assujettir à ces obligations et de s'engager pour la vie sous-tend et rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Accepter la prétention de l'intimée Walsh — c'est-à-dire étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait — serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. En réalité, présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage.

The permanent nature of marriage is not altered by the fact that one party can terminate it when the criteria set out in the *Divorce Act* are met. While young married couples hope for a lifetime of love and family unity, circumstances can of course transform the dream into a nightmare. In contemplation of this possibility, Parliament has provided a means for parties to put an end to marriage. However, s. 8(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), sets out the conditions to be met in order to obtain a divorce:

> **8.** . . .
>
> (2) Breakdown of a marriage is established only if
>
> (*a*) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or
>
> (*b*) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,
>
> (i) committed adultery, or
>
> (ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.

Even if the philosophy of the *Divorce Act* has developed in recent years from a system for sanctioning errant spouses to one that recognizes marriage breakdown, divorce is nevertheless a very confined measure, applicable only when specific criteria are met. Marriage is still, in principle, a life-time commitment. The *Divorce Act* provisions simply serve to remedy marriage failure.

It is true that in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 177, I recognized that there is "a growing political recognition that cohabiting opposite-sex couples should be subject to the spousal support regime that applies to married couples because they have come to fill a similar social role". However, I want to underline the fundamental difference between spousal support, based on the needs of the applicant, and the division of matrimonial assets. While spousal support is based on need and dependency, the division of matrimonial assets distributes assets

202 Le caractère permanent du mariage n'est en rien altéré par le fait qu'une partie puisse y mettre fin lorsque les conditions énoncées dans la *Loi sur le divorce* sont remplies. Bien que les jeunes couples mariés espèrent un amour et une unité familiale qui dureront toute la vie, les circonstances peuvent évidemment transformer leur rêve en cauchemar. Envisageant cette éventualité, le Parlement a prévu un moyen par lequel les parties peuvent mettre fin au mariage. Toutefois, le par. 8(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), énumère les conditions à remplir pour obtenir un divorce :

> **8.** . . .
>
> (2) L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :
>
> *a*) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance;
>
> *b*) depuis la célébration du mariage, l'époux contre qui le divorce est demandé a :
>
> (i) soit commis l'adultère
>
> (ii) soit traité l'autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

Même si l'esprit de la *Loi sur le divorce* a évolué ces dernières années d'un système sanctionnant les époux fautifs à un système reconnaissant l'échec du mariage, le divorce demeure néanmoins une mesure bien délimitée qui ne s'applique que lorsque des conditions précises sont remplies. Le mariage est encore, en principe, un engagement pour la vie. La *Loi sur le divorce* sert tout simplement à remédier à l'échec du mariage.

203 Il est vrai que dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 177, je reconnais « qu'il est de plus en plus admis sur le plan politique que les couples de sexe différent qui cohabitent devraient être assujettis au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints applicable aux couples mariés, parce qu'ils remplissent maintenant un rôle social similaire ». Toutefois, je désire souligner la différence fondamentale qui existe entre l'obligation alimentaire, qui est en fonction des besoins du demandeur, et le partage des biens matrimoniaux. Alors que l'obligation

acquired during marriage without regard to need. Section 33(9) of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, demonstrates this distinction. This paragraph indicates, among other things, the factors relevant to determining the quantum of support, for which an equivalent may be found in s. 4 of the *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160:

33. . . .

(9) In determining the amount and duration, if any, of support for a spouse, same-sex partner or parent in relation to need, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

(a) the dependant's and respondent's current assets and means;

(b) the assets and means that the dependant and respondent are likely to have in the future;

(c) the dependant's capacity to contribute to his or her own support;

(d) the respondent's capacity to provide support;

(e) the dependant's and respondent's age and physical and mental health;

(f) the dependant's needs, in determining which the court shall have regard to the accustomed standard of living while the parties resided together;

(g) the measures available for the dependant to become able to provide for his or her own support and the length of time and cost involved to enable the dependant to take those measures;

(h) any legal obligation of the respondent or dependant to provide support for another person;

(i) the desirability of the dependant or respondent remaining at home to care for a child;

(j) a contribution by the dependant to the realization of the respondent's career potential;

This provision demonstrates that a request for support must always be based on the particular needs of the applicant and the respondent and their capacity to provide for themselves and each other.

alimentaire est évaluée en fonction des besoins et du degré de dépendance, le partage des biens matrimoniaux répartit les actifs acquis durant le mariage sans égard aux besoins. Le paragraphe 33(9) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, illustre cette distinction. Ce paragraphe, qui a son équivalent à l'art. 4 de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, énumère notamment les facteurs pertinents dans la détermination du montant de la pension :

33. . . .

(9) Dans le calcul du montant et de la durée des aliments éventuellement dus en fonction des besoins à fournir à un conjoint, à un partenaire de même sexe ou au père ou à la mère, le tribunal tient compte de la situation globale des parties, notamment des points suivants :

a) les ressources et l'actif actuels de la personne à charge et de l'intimé;

b) les ressources et l'actif dont disposeront vraisemblablement la personne à charge et l'intimé dans l'avenir;

c) la capacité de la personne à charge de subvenir à ses propres besoins;

d) la capacité de l'intimé de fournir des aliments;

e) l'âge et la santé physique et mentale de la personne à charge et de l'intimé;

f) les besoins de la personne à charge, compte tenu du niveau de vie habituel lorsque les parties résidaient ensemble;

g) les mesures à la disposition de la personne à charge pour qu'elle devienne capable de subvenir à ses propres besoins, et le temps et l'argent nécessaires à la prise de ces mesures;

h) toute autre obligation légale pour l'intimé ou la personne à charge de fournir des aliments à une autre personne;

i) l'opportunité que la personne à charge ou l'intimé reste à la maison pour prendre soin d'un enfant;

j) l'apport de la personne à charge à la réalisation du potentiel professionnel de l'intimé;

Cette disposition montre qu'une demande de pension alimentaire est toujours fondée sur les besoins particuliers du demandeur et de l'intimé et sur leur capacité à subvenir à leurs propres besoins et à ceux de l'autre.

The division of matrimonial assets and spousal support have different objectives. One aims to divide assets according to a property regime chosen by the parties, either directly by contract or indirectly by the fact of marriage, while the other seeks to fulfil a social objective: meeting the needs of spouses and their children. This Court also recognized in *M. v. H.*, *supra*, at para. 93, that one of the objectives of spousal support is to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those spouses who have the capacity to support them. The support obligation responds to social concerns with respect to situations of dependency that may occur in common law relationships. However, that obligation, unlike the division of matrimonial property, is not of a contractual nature. Entirely different principles underlie the two regimes. To invoke s. 15(1) of the *Charter* to obtain spousal assets without regard to need raises the spectre of forcible taking in disguise, even if, in particular circumstances, equitable principles may justify it.

Le partage des biens matrimoniaux et la pension alimentaire visent des objectifs différents. L'un vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que l'autre vise à atteindre un objectif social : répondre aux besoins des époux et de leurs enfants. La Cour reconnaît aussi dans *M. c. H.*, précité, par. 93, qu'un des objectifs de la pension alimentaire est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de soutien aux personnes indigentes sur les époux qui sont capables de subvenir à leurs besoins. L'obligation alimentaire répond aux préoccupations sociales relatives aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait. Toutefois, cette obligation, à la différence du partage des biens matrimoniaux, n'est pas de nature contractuelle. Des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes. Invoquer le par. 15(1) de la *Charte* pour obtenir des biens matrimoniaux, sans égard aux besoins, pourrait évoquer sous une forme déguisée le spectre de l'expropriation, même si, dans des circonstances particulières, les règles de l'equity peuvent parfois le justifier.

204

The fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect. As Binnie J. stated in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 46, "while a s. 15 complainant is given considerable scope to identify the appropriate group for comparison, 'the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups' (*Law* [*v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497], at para. 58)". The situation of couples who have chosen life commitment through marriage is not comparable to that of unmarried couples when one considers the nature of their respective relationships. In the case of married couples, there is a permanent and reciprocal life commitment, to which the legislature has attached, among other things, a presumption of equal division of matrimonial assets, while, in the absence of marriage, this foundational

Les différences fondamentales entre conjoints de fait et les couples mariés font qu'ils ne constituent pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point. Comme le dit le juge Binnie dans *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 46 : « bien que l'auteur d'une plainte fondée sur l'art. 15 jouisse d'une latitude considérable pour identifier le groupe de comparaison approprié, "il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes" (*Law* [*c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497], par. 58) ». La situation des couples qui ont choisi de s'engager pour la vie dans le mariage n'est pas comparable à celle des couples non mariés lorsque l'on considère la nature de leurs relations respectives. Dans le cas des couples mariés, nous sommes en présence d'un engagement permanent et réciproque à l'égard duquel la législature a établi, entre autres choses, une présomption de partage égal des biens matrimoniaux,

205

quality does not exist. The *Charter* does not require that the legislature treat the two groups identically.

206 For the foregoing reasons and those expressed by Bastarache J., I would answer the constitutional questions as answered by Bastarache J., and I would allow the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the respondent Susan Walsh: The Nova Scotia Legal Aid, New Glasgow.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

alors qu'en l'absence de mariage, cette caractéristique fondamentale n'existe pas. La *Charte* n'exige pas que la législature traite les deux groupes de la même manière.

Pour ces motifs et pour ceux exposés par le juge Bastarache, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon qu'il propose et d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente.*

Procureur de l'appelant : Le ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intimée Susan Walsh : La Nova Scotia Legal Aid, New Glasgow.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2002 Vol. 4

Cited as [2002] 4 S.C.R. 429-661

3e cahier, 2002 Vol. 4

Renvoi [2002] 4 R.C.S. 429-661

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2003.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

CONTENTS

Gosselin *v.* Quebec (Attorney General).....429

Constitutional law — Charter of Rights — Equality — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of person — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

Civil rights — Economic and social rights — Financial assistance — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to measures of financial assistance — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 45 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

SOMMAIRE

Gosselin *c.* Québec (Procureur général) 429

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Libertés publiques — Droits économiques et sociaux — Aide financière — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à des mesures d'assistance financière? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 45 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Louise Gosselin *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, Rights and Democracy (also known as International Centre for Human Rights and Democratic Development), Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, the National Association of Women and the Law (NAWL), the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI) and the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA) *Interveners*

Louise Gosselin *Appelante*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, Droits et Démocratie (aussi appelé le Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD), le Comité de la Charte et des questions de pauvreté (CCQP) et l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP) *Intervenants*

INDEXED AS: GOSSELIN *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 84.

File No.: 27418.

2001: October 29; 2002: December 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : GOSSELIN *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 84.

N° du greffe : 27418.

2001 : 29 octobre; 2002 : 19 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Equality — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of person — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

Civil rights — Economic and social rights — Financial assistance — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to measures of financial assistance — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 45 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

In 1984 the Quebec government created a new social assistance scheme. Section 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, made under the 1984 *Social Aid Act*, set the base amount of welfare payable to persons under the age of 30 at roughly one third of the base amount payable to those 30 and over. Under the new scheme, participation in one of three education or work experience programs allowed people under 30 to increase their welfare payments to either the same as, or within $100 of, the base amount payable to those 30 and over. In 1989 this scheme was replaced by legislation that no longer made this age-based distinction.

The appellant, a welfare recipient, brought a class action challenging the 1984 social assistance scheme on behalf of all welfare recipients under 30 subject to the differential regime from 1985 to 1989. The appellant argued that the 1984 social assistance regime violated ss. 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. She requested that s. 29(*a*) of the Regulation be declared to have been invalid from 1987 (when it lost the protection of the notwithstanding clause) to 1989, and that the government of Quebec be ordered to reimburse all affected welfare recipients for the difference between what they actually received and what they would have received had they been 30 years of age or over, for a total of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Libertés publiques — Droits économiques et sociaux — Aide financière — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à des mesures d'assistance financière? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 45 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

En 1984, le gouvernement du Québec a créé un nouveau régime d'aide sociale. L'alinéa 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* pris en application de la *Loi sur l'aide sociale* de 1984 fixait le montant des prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans au tiers environ de celui des prestations de base versées aux 30 ans et plus. En participant à l'un des trois programmes de formation et de stages en milieu de travail prévus par le nouveau régime, les bénéficiaires de moins de 30 ans étaient en mesure de hausser leurs prestations à une somme égale ou inférieure de 100 $, selon le cas, aux prestations de base versées aux 30 ans et plus. En 1989, ce régime a été remplacé par une mesure législative qui n'appliquait plus la distinction fondée sur l'âge.

L'appelante, une bénéficiaire d'aide sociale, a intenté un recours collectif dans lequel elle conteste le régime d'aide sociale de 1984, au nom de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui ont été assujettis au traitement différent de 1985 à 1989. L'appelante plaide que le régime d'aide sociale en vigueur en 1984 contrevenait à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Elle demande un jugement déclarant invalide l'al. 29*a*) du règlement pour la période de 1987 (lorsque a pris fin la protection offerte par la disposition d'exemption) à 1989, et ordonnant au gouvernement du Québec de rembourser à tous les bénéficiaires d'aide sociale visés une somme égale à la différence entre les prestations qu'ils ont reçues et celles

roughly $389 million, plus interest. The Superior Court dismissed the class action. The Court of Appeal upheld the decision.

Held (L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 29(*a*) of the Regulation was constitutional.

(1) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 15 of the Canadian *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15 of the Canadian *Charter* and the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(2) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 7 of the Canadian *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 7 of the Canadian *Charter* and the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(3) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not violate s. 45 of the Quebec *Charter*.

Per Bastarache and Arbour JJ.: There is no need to determine whether s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 45 of the Quebec *Charter* since the s. 45 right is unenforceable in the circumstances of this case.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation violated s. 45 of the Quebec *Charter*.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The differential welfare scheme did not breach s. 15 of the *Charter*. The appellant has failed to discharge her burden of proof on the third branch of the *Law* test, as she has not demonstrated that the government treated her as less worthy than older welfare recipients, simply because it conditioned increased payments on her participation in programs designed specifically to integrate her into the workforce and to promote her long-term self-sufficiency.

qu'ils auraient touchées s'ils avaient eu 30 ans ou plus, soit une somme totale d'environ 389 millions de dollars, plus les intérêts. La Cour supérieure a rejeté le recours collectif et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 29*a*) du règlement était constitutionnel.

(1) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel (dissidents) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte canadienne* et la violation n'était pas justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.

(2) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte canadienne*.

Les juges L'Heureux-Dubé et Arbour (dissidentes) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 7 de la *Charte canadienne* et la violation n'était pas justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.

(3) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et LeBel : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Les juges Bastarache et Arbour : Il n'est pas nécessaire de décider si l'al. 29*a*) du règlement violait l'art. 45 de la *Charte* québécoise, étant donné que le respect du droit prévu par cet article ne peut être imposé dans les circonstances du présent pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie : Le régime d'aide sociale établissant une différence de traitement ne contrevenait pas à l'art. 15 de la *Charte*. L'appelante ne s'est pas acquittée de la preuve qui lui incombait à la troisième étape du test de l'arrêt *Law*, car elle n'a pas démontré que le gouvernement l'a traitée comme une personne de moindre valeur que les bénéficiaires d'aide sociale plus âgés, simplement parce qu'il a assujetti le versement de prestations accrues à sa participation à des programmes conçus expressément pour l'intégrer dans la population active et promouvoir son autonomie à long terme.

An examination of the four contextual factors set out in *Law* does not support a finding of discrimination and denial of human dignity. First, this is not a case where members of the complainant group suffered from pre-existing disadvantage and stigmatisation on the basis of their age. Age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society, and do not automatically evoke a context of pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization. Unlike people of very advanced age who may be presumed to lack abilities that they in fact possess, young people do not have a similar history of being undervalued.

Second, the record in this case does not establish a lack of correspondence between the scheme and the actual circumstances of welfare recipients under 30. The evidence indicates that the purpose of the challenged distinction, far from being stereotypical or arbitrary, corresponded to the actual needs and circumstances of individuals under 30. The deep recession in the early 1980s, tightened eligibility requirements for federal unemployment insurance benefits, and a surge in the number of young people entering the job market caused an unprecedented increase in the number of people capable of working who ended up on the welfare rolls. The situation of young adults was particularly dire. The government's short-term purpose in adopting the scheme at issue was to get recipients under 30 into work and training programs that would make up for the lower base amount they received while teaching them valuable skills to get permanent jobs. The government's longer-term purpose was to provide young welfare recipients with precisely the kind of remedial education and skills training they lacked and needed in order to integrate into the workforce and become self-sufficient. The regime constituted an affirmation of young people's potential rather than a denial of their dignity. From the perspective of a reasonable person in the claimant's position, the legislature's decision to structure its social assistance programs to give young people the incentive to participate in programs specifically designed to provide them with training and experience was supported by logic and common sense. The allegation that there were not enough places in the programs to meet the needs of all welfare recipients under 30 who wanted to participate was rejected by the trial judge as unsubstantiated by the evidence. Absent demonstrated error, it is not open to this Court to revisit the trial judge's conclusion. Likewise, we cannot infer disparity between the purpose and effect of the scheme and the situation of those affected from the mere failure of government to prove that the assumptions upon which it proceeded were correct. Provided they are not based on arbitrary and demeaning stereotypes,

À partir de l'examen des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il est impossible de conclure à la discrimination et à l'existence d'une atteinte à la dignité humaine. Premièrement, il ne s'agit pas d'un cas où le groupe de la demanderesse a souffert d'un désavantage préexistant et de stigmates en raison de l'âge. Les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société et elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant qui donne à croire à l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation. Contrairement aux personnes d'âge avancé, qui peuvent être présumées dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité, les jeunes adultes n'ont pas été sous-estimés de la même manière par le passé.

Deuxièmement, le dossier en l'espèce n'établit pas l'absence de lien entre le régime et la situation réelle des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. La preuve démontre que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, l'objet de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritables des moins de 30 ans. La profonde récession du début des années 80, le resserrement des conditions d'admissibilité aux prestations fédérales d'assurance-chômage et la forte augmentation du nombre de jeunes intégrant le marché du travail ont provoqué un accroissement sans précédent du nombre de personnes aptes au travail qui ont néanmoins joint les rangs des prestataires d'aide sociale. La situation des jeunes adultes était particulièrement difficile. À court terme, l'objectif que visait le gouvernement en instaurant le régime contesté était de faire participer les bénéficiaires de moins de 30 ans à des programmes de travail et de formation qui compléteraient l'allocation de base inférieure qu'ils recevaient, tout en leur faisant acquérir des compétences utiles pour trouver des emplois permanents. À plus long terme, le gouvernement visait à offrir aux jeunes bénéficiaires précisément les cours de rattrapage et les compétences qui leur manquaient et dont ils avaient besoin pour réussir à s'intégrer dans la population active et à devenir autonomes. Le régime ne constituait pas une négation de la dignité des jeunes adultes, mais la reconnaissance de leur potentiel. Dans la perspective d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse, la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience prenait appui sur la logique et le sens commun. La prétention qu'il n'existait pas suffisamment de places disponibles dans les programmes pour répondre aux besoins de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui voulaient y participer a été rejetée par le juge du procès parce qu'il estimait la preuve à cet égard insuffisante. Il n'appartient pas à la Cour de réexaminer la conclusion du

the legislator is entitled to proceed on informed general assumptions that correspond, even if not perfectly, to the actual circumstances of the affected group. These considerations figure in assessing whether a reasonable person in the claimant's position would experience the legislation as a harm to her dignity.

Third, the "ameliorative purpose" contextual factor is neutral in the present case, since the scheme was not designed to improve the condition of another group. As a general contextual matter, a reasonable person in the appellant's position would take the fact that the Regulation was aimed at ameliorating the situation of welfare recipients under 30 into account in determining whether the scheme treated under-30s as less worthy of respect and consideration than those 30 and over.

Finally, the findings of the trial judge and the evidence do not support the view that the overall impact on the affected individuals undermined their human dignity and their right to be recognized as fully participating members of society notwithstanding their membership in the class affected by the distinction. Despite possible short-term negative impacts on the economic circumstances of some welfare recipients under 30 as compared to those 30 and over, the regime sought to improve the situation of people in this group and enhance their dignity and capacity for long-term self-reliance. This points not to discrimination but to concern for the situation of welfare recipients under 30.

The factual record is insufficient to support the appellant's claim that the state deprived her of her s. 7 right to security of the person by providing her with a lower base amount of welfare benefits, in a way that violated the principles of fundamental justice. The dominant strand of jurisprudence on s. 7 sees its purpose as protecting life, liberty and security of the person from deprivations that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. The administration of justice can be implicated in a variety of circumstances and does not refer exclusively to processes operating in the criminal law. The meaning of the administration of

juge de première instance en l'absence d'une erreur établie. De même, le simple fait que le gouvernement n'ait pas prouvé l'exactitude des hypothèses sur lesquelles il s'est fondé ne permet pas d'inférer qu'il y a disparité entre, d'une part, l'objet et l'effet du régime et, d'autre part, la situation des personnes touchées. Le législateur peut s'appuyer sur des hypothèses générales documentées qui correspondent, bien qu'imparfaitement, à la situation véritable du groupe touché, à la condition que ces hypothèses ne soient pas fondées sur des stéréotypes arbitraires et dégradants. Ces considérations sont prises en compte pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait perçu la mesure législative comme attentatoire à sa dignité.

Troisièmement, le facteur contextuel de « l'objectif d'amélioration » est neutre en l'espèce, car le régime n'a pas été conçu pour améliorer la situation d'un autre groupe. De façon générale, sur le plan contextuel, une personne raisonnable placée dans la situation de l'appelante tiendrait compte du fait que le Règlement visait à améliorer la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans pour déterminer si le régime traitait les moins de 30 ans comme moins dignes de respect et de considération que les 30 ans et plus.

Enfin, les conclusions du juge de première instance et les éléments de preuve n'appuient pas la prétention que l'incidence globale du régime sur les personnes touchées a porté atteinte à leur dignité humaine et à leur droit d'être reconnues comme membres à part entière de la société, même si elles font partie de la catégorie touchée par la distinction. Malgré la possibilité de conséquences négatives à court terme sur la situation économique de certains bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comparativement à leurs aînés, le régime visait à améliorer la situation des personnes appartenant à ce groupe et à renforcer leur dignité et leur capacité de subvenir à leurs besoins à long terme. Ces éléments tendent à révéler l'existence non pas d'une discrimination, mais d'une préoccupation pour la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

Le dossier factuel n'est pas suffisant pour étayer la prétention de l'appelante que l'État a porté atteinte à son droit à la sécurité de sa personne en lui versant un montant de base inférieur de prestations d'aide sociale, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. Selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition a pour objet d'empêcher les atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice et celle-ci ne s'entend pas

justice and s. 7 should be allowed to develop incrementally, as heretofore unforeseen issues arise for consideration. It is thus premature to conclude that s. 7 applies only in an adjudicative context. In the present case, the issue is whether s. 7 ought to apply despite the fact that the administration of justice is plainly not implicated. Thus far, the jurisprudence does not suggest that s. 7 places positive obligations on the state. Rather, s. 7 has been interpreted as restricting the state's ability to deprive people of their right to life, liberty and security of the person. Such a deprivation does not exist here and the circumstances of this case do not warrant a novel application of s. 7 as the basis for a positive state obligation to guarantee adequate living standards.

There is no breach of the right to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring an acceptable standard of living as protected by s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Although s. 45 requires the government to provide social assistance measures, it places the adequacy of the particular measures adopted beyond the reach of judicial review. The language of s. 45 mandates only that the government be able to point to measures susceptible of ensuring an acceptable standard of living, without having to defend the wisdom of its enactments.

Per Bastarache J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 7 of the *Charter*. The threat to the appellant's security of the person was not related to the administration of justice, nor was it caused by any state action, nor did the underinclusive nature of the legislation substantially prevent or inhibit the appellant from protecting her own security. The right to security of the person is protected by s. 7 only insofar as the claimant is deprived of this right by the state, in a manner contrary to the principles of fundamental justice. The strong relationship between s. 7 and the role of the judiciary leads to the conclusion that some relationship to the judicial system or its administration must be engaged before s. 7 may be applied. In this case, there is no link between the harm to the appellant's security of the person and the judicial system or its administration. Although the required link to the judicial system does not mean that s. 7 is limited to purely criminal or penal matters, it signifies, at the very least, that some determinative state action, analogous to a judicial or administrative process, must be shown to exist in order for one to be deprived of a s. 7 right. The threat to the appellant's security was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's

exclusivement des procédures criminelles. Il faut laisser le sens de la notion d'administration de la justice et la portée de l'art. 7 évoluer graduellement, au fur et à mesure que surgiront des questions jusqu'ici imprévues. Il est donc prématuré de conclure que l'art. 7 s'applique exclusivement dans un contexte juridictionnel. En l'espèce, la question est de savoir si la Cour doit appliquer l'art. 7 malgré le fait que l'administration de la justice n'est manifestement pas en jeu. Jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose une obligation positive à l'État. On a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce et les circonstances ne justifient pas une application nouvelle de l'art. 7, selon laquelle il imposerait à l'État l'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat.

Il n'a pas été porté atteinte au droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, lequel est garanti par l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Bien que l'art. 45 oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, il soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. Le libellé de l'art. 45 exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures.

Le juge Bastarache (dissident) : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. La menace au droit à la sécurité de l'appelante n'était pas liée à l'administration de la justice et ne résultait pas d'une mesure de l'État; de plus, le caractère non inclusif du texte de loi n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger sa propre sécurité. Le droit à la sécurité de la personne n'est protégé par l'art. 7 que dans la mesure où c'est l'État qui, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, prive l'individu du droit à la sécurité de sa personne. Le lien solide qui existe entre l'art. 7 et le rôle de l'appareil judiciaire amène à conclure que, pour que puisse s'appliquer l'art. 7, il est nécessaire qu'il existe un certain rapport entre cette disposition et le système judiciaire ou son administration. En l'espèce, il n'existe pas de lien entre le préjudice causé à la sécurité de la personne de l'appelante et le système judiciaire ou son administration. Quoique le lien requis avec l'appareil judiciaire ne signifie pas que l'art. 7 se limite nécessairement aux affaires pénales, il signifie à tout le moins que, pour qu'une personne se trouve privée d'un droit que lui garantit l'art. 7, il faut établir l'existence d'une mesure de l'État — analogue à une instance judiciaire ou

decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order to receive more assistance. While underinclusive legislation may, in unique circumstances, substantially impact the exercise of a constitutional freedom, the exclusion of people under 30 from the full, unconditional benefit package did not render them substantially incapable of exercising their right to security of the person without government intervention. The appellant failed to demonstrate that there existed an inherent difficulty for young people under 30 to protect their right to security of the person without government intervention. Nor has the existence of a higher base benefit for recipients 30 and over been shown to reduce the potential of young people to exercise their right to security of the person. It has not been demonstrated that the legislation, by excluding young people, reduced their security any more than it would have already been given market conditions.

Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15 of the *Charter*. Although age-based distinctions are often justified due to the fact that at different ages people are capable of different things, age is included as a prohibited ground of discrimination. Age, although constantly changing, is a personal characteristic that at any given moment one can do nothing to alter. Age falls squarely within the concern of the equality provision that people not be penalized for characteristics they either cannot change or should not be asked to change. The grounds of discrimination enumerated in s. 15 function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical or otherwise, discriminatory decision making. Legislation that draws a distinction on such grounds — including age — is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality.

Applying the *Law* test, the fundamental question that needs to be dealt with here is whether the distinction created by s. 29(*a*) is indicative that the government treated social assistance recipients under 30 in a way that is respectful of their dignity as members of society. This question is to be assessed from the perspective of a reasonable person in the claimant's circumstances having regard to four non-exhaustive contextual factors. While it is not enough for the appellant simply to claim that her

administrative — emportant des conséquences juridiques pour cette personne. La menace à la sécurité de l'appelante découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue. Bien qu'une mesure législative n'ayant pas un caractère suffisamment inclusif puisse, dans des circonstances exceptionnelles, entraver substantiellement l'exercice d'une liberté constitutionnelle, l'exclusion des personnes de moins de 30 ans du champ d'application du régime d'avantages complets et inconditionnels ne les rendait pas essentiellement incapables d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. L'appelante n'a pas démontré que les jeunes de moins de 30 ans éprouvent intrinsèquement de la difficulté à exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Elle n'a pas non plus établi que l'existence de prestations de base plus élevées pour les prestataires de 30 ans et plus réduisait la possibilité pour les moins de 30 ans d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne. Il n'a pas été démontré que, en excluant les jeunes, le texte de loi avait réduit leur sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique.

L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte*. Bien que les distinctions fondées sur l'âge soient souvent justifiées par le fait que des personnes d'âge différent sont capables d'accomplir des choses différentes, l'âge fait partie des motifs de discrimination illicite. Quoiqu'on vieillisse sans cesse, l'âge est une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est impossible de faire quoi que ce soit, et ce à quelque moment que ce soit. L'âge est nettement visé par l'aspect de la disposition relative à l'égalité qui demande qu'on ne pénalise pas un individu pour une caractéristique qu'il ne peut changer ou qu'on ne devrait pas le requérir de changer. Les motifs de discrimination énumérés à l'art. 15 sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Une loi qui établit une distinction fondée sur de tels motifs — notamment l'âge — est suspecte parce qu'elle entraîne souvent de la discrimination et aboutit au déni du droit à l'égalité réelle.

Si on applique le critère de l'arrêt *Law*, la question fondamentale qu'il faut examiner en l'espèce est celle de savoir si la distinction établie à l'al. 29*a*) indique que le gouvernement a traité les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui respectait leur dignité en tant que membres de notre société. Il faut examiner cette question avec les yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, en tenant compte de quatre facteurs contextuels non exhaustifs.

dignity has been violated, a demonstration that there is a rational foundation for her experience of discrimination will be sufficient to ground the s. 15 claim.

First, with respect to the pre-existing disadvantage factor, we are not dealing in this case with a general age distinction but rather with one applicable within a particular social group, welfare recipients. Within this group the record makes it clear that it was not easier for persons under 30 to get jobs as opposed to their elders. The distinction was based on the stereotypical view that young welfare recipients suffer no special economic disadvantages. This view was not grounded in fact and was based on old assumptions regarding the employability of young people. Although there is no compelling evidence that younger welfare recipients, as compared to all welfare recipients, have been traditionally marginalized by reason of their age, a contextual analysis requires us to recognize that the precarious, vulnerable position of welfare recipients in general lends weight to the argument that a distinction that affects them negatively may pose a greater threat to their human dignity.

Second, there was a lack of correspondence between the differential welfare scheme and the actual needs, capacities and circumstances of welfare recipients under the age of 30. Based on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lesser needs, the program delivered to those people two-thirds less than what the government viewed as the basic survival amount, drawing its distinction on a characteristic over which those people had no control. Substantive equality permits differential treatment only where there is a genuine difference. The bright line drawn at 30 appears to have had little, if any, relationship to the real situation of younger people. The dietary and housing costs of people under 30 are no different from those of people 30 and over. The presumption adopted by the government that all persons under 30 received assistance from their family was unfounded. By relying on a distinction that had existed decades earlier and that did not take into account the actual circumstances of welfare recipients under 30, the legislation appears to have shown little respect for the value of those recipients as individual human beings. It created substandard living conditions for them on the sole basis of their age. Where persons experience serious detriment as a result of a distinction and the evidence shows that the presumptions guiding the legislature were factually unsupported, it is not necessary

Bien que l'appelante ne puisse se contenter de plaider qu'on a porté atteinte à sa dignité, pour justifier une allégation formulée en vertu de l'art. 15 il lui suffira d'établir le fondement rationnel de sa perception subjective qu'elle a été victime de discrimination.

Premièrement, en ce qui concerne le facteur du désavantage préexistant, nous ne sommes pas ici en présence d'une distinction d'application générale fondée sur l'âge, mais plutôt d'une distinction applicable à un groupe particulier de la société, les bénéficiaires d'aide sociale. Il ressort clairement du dossier que, dans les faits, au sein de ce groupe, il n'était pas plus facile pour les jeunes prestataires de trouver du travail que ce ne l'était pour leurs aînés. La distinction était fondée sur le stéréotype selon lequel les jeunes prestataires ne souffrent d'aucun désavantage économique particulier. Elle reposait non pas sur des faits, mais plutôt sur de vieilles prémisses relatives à l'aptitude des jeunes au travail. Bien qu'il n'existe aucune preuve décisive indiquant que, comparativement à l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, les jeunes prestataires ont de tout temps été marginalisés en raison de leur âge, une analyse contextuelle nous oblige à reconnaître que la situation précaire et vulnérable dans laquelle se trouvent les bénéficiaires d'aide sociale renforce l'argument selon lequel toute distinction les affectant peut faire peser une menace plus grande sur leur dignité humaine.

Deuxièmement, il n'y avait aucune correspondance entre le régime d'aide sociale différent et les besoins, les aptitudes et la situation véritables des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Basé sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi, le programme accordait aux premières une somme inférieure des deux tiers à celle que le gouvernement considérait comme le strict nécessaire, et il fondait cette différence de traitement sur une caractéristique indépendante de la volonté de ces personnes. L'égalité réelle ne permet un traitement différent que s'il existe une différence réelle. La ligne de démarcation nette fixée à 30 ans paraît n'avoir que peu de rapports, voire aucun, avec la situation véritable des adultes de moins de 30 ans. Les dépenses au titre de l'alimentation et du logement des personnes de moins de 30 ans ne diffèrent pas de celles des personnes de 30 ans et plus. La présomption du gouvernement que les personnes de moins de 30 ans recevaient toutes de l'aide de leur famille n'était pas fondée. En se fondant sur une distinction qu'on avait faite plusieurs décennies auparavant et qui ne tenait même pas compte de la situation véritable des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, on semble avoir fait preuve de peu de respect dans le texte de loi pour la valeur de ces personnes en

to demonstrate actual stereotyping, prejudice or other discriminatory intention. Moreover, a positive intention cannot save the regulation. At this stage of the *Law* analysis, the legislature's intention is much less important than the real effects of the scheme on the claimant. Treatment of legislative purpose under s. 15 must not undermine or replace the analysis that will be undertaken when applying s. 1 of the *Charter*.

Third, the ameliorative purpose factor is not useful in determining whether the differential treatment in this appeal was discriminatory. The legislature has differentiated between the appellant's group and other welfare recipients based on what it claims is an effort to ameliorate the situation of the very group in question. Groups that are the subject of an inferior differential treatment based on an enumerated or analogous ground are not treated with dignity just because the government claims that the detrimental provisions are for their own good.

Finally, the differential treatment had a severe effect on an extremely important interest. The effect of the distinction in this case is that the appellant and others like her had their income set at only one third of what the government deemed to be the bare minimum for the sustainment of life. The government's argument that it was offering skills to allow young persons to enter into the workforce, thereby reinforcing their dignity and self-worth, neglects the fact that the reason why these young people were not in the labour force was not exclusively that their skills were too low, or that they were undereducated, but that there were no jobs to be had. The appellant has shown that in certain circumstances, and in her circumstances in particular, there were occasions when the effect of the differential treatment was such that beneficiaries under 30 could objectively be said to have experienced government treatment that failed to respect them as full persons. Any reading of the evidence indicates that it was highly improbable that a person under 30 could at all times be registered in a program and therefore receive the full subsistence amount. When between programs, individuals like the appellant were forced to survive on far less than the recognized minimum necessary for basic subsistence received by those 30 and over. Even when

tant qu'êtres humains. Sur le seul fondement de l'âge, le texte de loi créait pour ces personnes des conditions de vie inférieures aux conditions minimales. Dans les cas où des personnes subissent un grave désavantage dû à une distinction et où la preuve démontre que les hypothèses ayant guidé le législateur n'étaient pas étayées par les faits, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence concrète de stéréotype, préjugé ou autre intention discriminatoire. L'existence d'une intention positive ne préserve pas davantage la validité de la mesure réglementaire litigieuse. À cette étape-ci de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Law*, l'intention du législateur revêt beaucoup moins d'importance que les effets concrets du régime sur l'appelante. L'examen de l'objet du texte de loi effectué en vertu de l'art. 15 ne doit pas rendre inutile ou remplacer l'analyse qui doit être faite ultérieurement en application de l'article premier de la *Charte*.

Troisièmement, le facteur de l'objet améliorateur n'est pas utile pour décider si le traitement différent était discriminatoire en l'espèce. Le législateur a établi une distinction entre le groupe dont fait partie l'appelante et les autres bénéficiaires d'aide sociale en se fondant sur ce qu'elle affirme être un effort d'amélioration de la situation du groupe en question. Un groupe qui fait l'objet d'un traitement différent et moins favorable, fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, n'est pas traité avec dignité du seul fait que le gouvernement prétend avoir pris ses dispositions préjudiciables pour le bien du groupe.

Enfin, le traitement différent a un effet marqué sur un droit extrêmement important. L'effet de la distinction en l'espèce est que l'appelante et les autres personnes dans sa situation ont vu leur revenu fixé au tiers seulement de la somme que le gouvernement jugeait constituer le strict minimum dont a besoin une personne pour subvenir à ses besoins. L'argument du gouvernement, selon lequel il donnait aux jeunes la chance d'acquérir des compétences visant à leur permettre de s'intégrer dans la population active et ainsi de renforcer leur dignité et leur estime de soi ne tient pas compte du fait que la raison pour laquelle ces jeunes ne faisaient pas partie de la population active n'était pas exclusivement le fait qu'ils possédaient des compétences ou des études insuffisantes, mais aussi le fait qu'il n'y avait pas d'emplois disponibles. L'appelante a démontré que, dans certaines circonstances et particulièrement dans sa situation personnelle, il y a eu des occasions où l'effet du traitement différent était tel qu'on pourrait objectivement affirmer que les prestataires de moins de 30 ans ont été traités par le gouvernement d'une manière qui ne les respectait pas en tant que citoyens à part entière. Il ressort de la preuve, peu importe l'angle sous lequel on l'examine, qu'il était hautement improbable qu'une personne de moins de 30 ans aurait pu à tout

participating in a program, the fear of being returned to the reduced level of support dominated the appellant's life. Recipients 30 and over did not experience these consequences of the scheme. For the purposes of s. 15, what made the appellant's experience demeaning was the fact that she was placed in a position that the government itself admits is a precarious and unliveable one. The distinction in treatment was made simply on the basis of age, not of need, opportunity or personal circumstances, and was not respectful of the basic human dignity of welfare recipients under the age of 30.

The government has not discharged its burden of proving that the infringement of s. 15 is a reasonable limit that is demonstrably justifiable in a free and democratic society. Although a certain degree of deference should be accorded in reviewing social policy legislation of this type, the government does not have *carte blanche* to limit rights. The distinction created by s. 29(*a*) of the Regulation served two pressing and substantial objectives: (1) to avoid attracting young adults to social assistance, and (2) to facilitate integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. There is a rational connection between the different treatment of those under 30 and the objective of encouraging their integration into the workforce. It is logical and reasonable to suppose that young people are at a different stage in their lives than those 30 and over, that it is more important, and perhaps more fruitful, to encourage them to integrate into the workforce, and that in order to encourage such behaviour, a reduction in basic benefits could be expected to work. Even according the government a high degree of deference, however, the respondent has failed to demonstrate that the provision in question constituted a means of achieving the legislative objective that was reasonably minimally impairing of the appellant's equality rights. Other reasonable alternatives to achieve the objective were available. To begin with, the level of support provided to those under 30 could have been increased. There is no evidence to support the government's contention that such an approach would have prevented it from achieving the objective of integrating young people into the workforce. In addition, the 1989 reforms which made the programs universally conditional could have been implemented earlier. The programs themselves also suffered from several significant shortcomings and only 11 percent of social

moment être inscrite à un programme et recevoir le plein montant des prestations. Lorsqu'elles ne participaient pas à un programme, les personnes comme l'appelante étaient contraintes de subvenir à leurs besoins au moyen de ressources très inférieures au minimum vital reconnu, que recevaient par ailleurs les 30 ans et plus. Même lorsqu'elle participait à un programme, l'appelante vivait dans la crainte de voir ses prestations réduites. Les prestataires de 30 ans et plus ne subissaient pas ces conséquences du régime. Pour l'application de l'art. 15, ce qui a rendu humiliante l'expérience vécue par l'appelante est le fait qu'elle a été placée dans une situation que le gouvernement reconnaît lui-même comme précaire et invivable. Cette différence de traitement a été établie en fonction seulement de l'âge des personnes visées et non en fonction de leurs besoins, de leurs possibilités ou de leur situation personnelle, et elle ne respectait pas la dignité fondamentale des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

Le gouvernement ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait d'établir que la violation de l'art. 15 était une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien qu'il faille faire montre d'une certaine retenue dans le contrôle de telles mesures législatives en matière de politique sociale, il reste que le gouvernement n'a pas carte blanche pour restreindre des droits. La distinction établie par l'al. 29*a*) du règlement visait deux objectifs urgents et réels : (1) éviter l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ceux-ci dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. Il existe un lien rationnel entre le traitement différent réservé aux moins de 30 ans et l'objectif consistant à favoriser leur intégration dans la population active. Il est logique et raisonnable de supposer que ces personnes ne sont pas rendues au même stade de la vie que les 30 ans et plus, qu'il est plus important, voire plus utile, de les inciter à s'intégrer dans la population active et, enfin, qu'une réduction des prestations de base pourrait permettre de réaliser cet objectif. Toutefois, même en manifestant beaucoup de retenue envers la décision du gouvernement, l'intimé n'a pas su démontrer que la disposition litigieuse constituait un moyen de réaliser l'objectif législatif d'une manière qui portait aussi peu atteinte au droit à l'égalité de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Il existait des solutions de rechange raisonnables à celle choisie par le législateur en vue de réaliser son objectif. D'abord, les prestations accordées aux moins de 30 ans auraient pu être majorées. Aucun élément de preuve n'étaye la prétention du gouvernement selon laquelle une telle mesure l'aurait empêché d'atteindre l'objectif d'intégration des jeunes dans la population active. De plus, il aurait été possible d'instaurer plus tôt les réformes qui, en 1989, ont

assistance recipients under the age of 30 were in fact enrolled in the employment programs that allowed them to receive the base amount allocated to beneficiaries 30 years of age and over. One major branch of the scheme left participants $100 short of the base benefit. Likewise, waiting periods, prioritizations and admissibility criteria signified that the programs were not designed in such a way as to ensure that there would always be programs available to those who wanted to participate. In addition to the problems with the design of the programs, hurdles in their implementation presented young recipients with further barriers. Delays flowing from meetings with aid workers, evaluation interviews and finding space within the appropriate program signified that young welfare recipients would most likely spend some time on the reduced benefit. Finally, even though 85 000 single people under 30 years of age were on social assistance, the government at first made only 30 000 program places available. While the government did not have to prove that it had 85 000 empty chairs waiting in classrooms and elsewhere, the very fact that it was expecting such low levels of participation brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) of the Regulation was geared towards improving the situation of those under 30, as opposed to simply saving money.

The differential treatment had severe deleterious effects on the equality and self-worth of the appellant and those in her group which outweighed the salutary effects of the scheme in achieving the stated government objective. The government failed to demonstrate that the reduction in benefits contributed or would reasonably be expected to contribute to the integration of young social assistance beneficiaries into the workplace. When the potential deleterious effects of the legislation are so apparent, it is not asking too much of the government to craft its legislation more carefully.

The appropriate remedy in this case is to declare s. 29(*a*) of the Regulation invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Had the legislation still been in force, suspension of the declaration of invalidity for a period of 18 months to allow the legislature to implement changes to the legislation would have been appropriate. The appellant's request for an order for damages pursuant to s. 24(1) of the *Charter* should be dismissed. Where

rendu les programmes conditionnels pour tous. Les programmes eux-mêmes comportaient également plusieurs lacunes importantes et seulement 11 p. 100 des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans étaient dans les faits inscrits aux programmes qui leur permettaient de recevoir le montant de base accordé aux prestataires de 30 ans et plus. Les personnes qui participaient à un important volet du régime ne touchaient pas le plein montant des prestations, mais recevaient 100 $ de moins que la prestation de base. De même, les critères d'admissibilité, les périodes d'attente et les préférences applicables au titre de la participation indiquent que les programmes n'étaient pas conçus d'une manière propre à garantir une place à toute personne désireuse d'y participer. Outre les problèmes qui affectaient la conception des programmes, la mise en œuvre de ceux-ci créait des obstacles supplémentaires, que les jeunes prestataires devaient également surmonter. En raison des délais résultant des rencontres avec des travailleurs sociaux, des entrevues d'évaluation et de la recherche de places libres dans le programme approprié, les jeunes bénéficiaires d'aide sociale touchaient vraisemblablement les prestations réduites pendant un certain temps. Enfin, même s'il y avait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale, le gouvernement n'avait créé initialement que 30 000 places dans ses programmes. Même si le gouvernement n'avait pas à établir qu'il disposait de 85 000 places disponibles en salle de classe et ailleurs, le fait même qu'il s'attendait à un taux de participation aussi faible incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) du règlement visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies.

La différence de traitement a eu, sur l'égalité et l'estime de soi de l'appelante et des personnes de son groupe, des effets préjudiciables graves qui l'emportaient sur les effets bénéfiques qu'avait le régime sur la réalisation de l'objectif énoncé par le gouvernement. Le gouvernement n'a pas démontré que la réduction des prestations faciliterait l'intégration des jeunes prestataires dans la population active, ou qu'il était raisonnable de penser qu'elle le ferait. Lorsque les effets préjudiciables éventuels du texte législatif sont aussi évidents, ce n'est pas trop demander au gouvernement de préparer ses mesures législatives avec plus de soin.

La réparation qui convient en l'espèce consiste à déclarer l'al. 29*a*) du règlement inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si cette mesure législative avait été encore en vigueur, il aurait été opportun de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant 18 mois afin de permettre au législateur d'apporter des modifications à cette mesure. Il y a lieu de rejeter la demande de dommages-intérêts présentée

a provision is struck down under s. 52, a retroactive s. 24(1) remedy will not generally be available. Moreover, the facts of this case do not allow for such a result. First, a s. 24(1) remedy is more difficult in this case because it involves a class action. It would be impossible for this Court to determine the precise amount that was owed to each individual in the class. Second, the significant costs that would be incurred by the government were it required to pay damages must be considered. While a consideration of expenses might not be relevant to the substantive *Charter* analysis, it is relevant to the determination of the remedy. Requiring the government to pay out nearly half a billion dollars would have a significant impact on the government's fiscal situation, and potentially on the general economy of the province.

Although on its face, s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* creates some form of positive right to a minimal standard of living, in this case, that right is unenforceable. The supremacy provision in s. 52 of the Quebec *Charter* clearly indicates that the courts have no power to declare any portion of a law invalid due to a conflict with s. 45. Moreover, the appellant is not entitled to damages pursuant to s. 49 of the Quebec *Charter*. In order to substantiate a s. 49 claim against the government for having drafted legislation that violates a right guaranteed by the Quebec *Charter*, one would have to demonstrate that the legislature has breached a particular standard of care in drafting the legislation. It is unlikely that the government could, under s. 49, be held responsible for having simply drafted faulty legislation.

Per LeBel J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation, when taken in isolation or considered in light of all employability programs, discriminated against young adults. The distinction based on age did not reflect either the needs or the abilities of social aid recipients under 30 years of age. The ordinary needs of young people are not so different from the needs of their elders as to justify such a pronounced discrepancy between the two groups' benefits. Because the distinction made by the social aid scheme was justified by the fact that young people are able to survive a period of economic crisis better, this distinction perpetuated a stereotypical view of young people's situation on the labour market. By trying to combat the pull of social assistance, for the "good" of the young people themselves who depended on it, the distinction perpetuated another stereotypical view, that

par l'appelante en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Si une disposition est invalidée en application de l'art. 52, il n'y a généralement pas ouverture à réparation rétroactive en vertu du par. 24(1). De plus, les faits de l'espèce ne justifient pas un tel résultat. Premièrement, vu l'existence d'un recours collectif en l'espèce, il est plus difficile d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il serait impossible à notre Cour d'établir le montant exact dû à chaque membre du groupe. Deuxièmement, il faut tenir compte des dépenses importantes que ferait le gouvernement s'il devait verser des dommages-intérêts. Bien que la prise en compte de considérations budgétaires puisse ne pas être pertinente dans l'analyse de la question de fond touchant la *Charte*, elle l'est dans la détermination de la réparation. Obliger le gouvernement à verser pratiquement un demi-milliard de dollars aurait une incidence appréciable sur sa situation financière et peut-être même sur l'économie générale de la province.

Même si, à la lumière de son texte même, l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec crée une certaine forme de droit positif à un niveau de vie minimal, le respect de ce droit ne peut pas être obtenu en justice en l'espèce. La disposition énonçant la suprématie de la *Charte* québécoise, en l'occurrence l'art. 52 de celle-ci, indique nettement que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer invalide tout ou partie d'un texte de loi pour cause d'incompatibilité avec l'art. 45. En outre, l'appelante n'a pas droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 49 de la *Charte* québécoise. La personne qui, en vertu de l'art. 49, présente contre l'État une demande reprochant à celui-ci d'être l'auteur d'un texte de loi contrevenant à un droit garanti par la *Charte* québécoise doit démontrer que le législateur a manqué à une norme de diligence donnée dans la rédaction du texte de loi en question. Il est improbable que l'État puisse, par application de l'art. 49, être tenu responsable simplement parce qu'il aurait rédigé un texte de loi lacunaire.

Le juge LeBel (dissident) : L'alinéa 29*a*) du règlement, pris isolément ou considéré à la lumière des programmes d'employabilité, était discriminatoire à l'endroit des jeunes adultes. La distinction fondée sur l'âge ne correspondait ni aux besoins ni aux capacités des bénéficiaires de l'aide sociale de moins de 30 ans. Les besoins ordinaires des jeunes ne se différencient pas de ceux de leurs aînés au point de justifier un écart si prononcé entre leurs prestations. Dans la mesure où la distinction établie par le régime d'aide sociale était justifiée par la capacité des jeunes à mieux survivre une période de crise économique, cette distinction perpétuait une vision stéréotypée de la situation des jeunes sur le marché du travail. En cherchant à contrer un effet d'attraction à l'aide sociale pour le « bien » même des jeunes qui en dépendaient, la distinction perpétuait

a majority of young social assistance recipients choose to freeload off society permanently. Young social assistance recipients in the 1980s certainly did not latch onto social assistance out of laziness; they were stuck receiving welfare because there were no jobs available. Even if the government could validly encourage young people to work, the approach adopted discriminated between social aid recipients under 30 years of age and those 30 years of age and over, for no valid reason. The defects in the scheme, together with the preconceived ideas that underpinned it, lead to the conclusion that s. 29(*a*) of the Regulation infringed the equality right guaranteed by s. 15 of the *Charter*. For the reasons given by Bastarache J., s. 29(*a*) of the Regulation is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Although the appellant failed to establish a violation of s. 7 of the *Charter* in this case, for the reasons stated by the majority, it is not appropriate, at this point, to rule out the possibility that s. 7 might be invoked in circumstances unrelated to the justice system.

Section 45 of the Quebec *Charter* does not confer an independent right to an acceptable standard of living. That section protects only a right of access to social measures for anyone in need. Although the incorporation of social and economic rights into the Quebec *Charter* gives them a new dimension, it does not make them legally binding. A majority of the provisions in the chapter on "Economic and Social Rights" contain a reservation indicating that the exercise of the rights they protect depends on the enactment of legislation. In the case of s. 45, the fact that anyone in need is entitled not to measures to ensure him or her an acceptable standard of living, but to measures susceptible of ensuring him or her that standard of living, suggests that the legislature did not intend to give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted, or to usurp the role of the legislature in that regard. The expression "provided for by law", when interpreted in light of the other provisions of the chapter on economic and social rights, confirms that the right in s. 45 is protected only to the extent provided for by law. Section 45 is not, however, without any obligational content. Because s. 10 of the Quebec *Charter* does not create an independent right to equality, the right of access to measures of financial assistance and social measures without discrimination would not be guaranteed by the Quebec *Charter* were it not for s. 45.

Per Arbour J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 7 of the *Charter* by depriving

une autre vision stéréotypée selon laquelle la majeure partie des jeunes assistés sociaux choisissent de vivre de façon permanente aux crochets de la société. Loin de se cramponner à l'aide sociale par paresse, les jeunes assistés sociaux des années 80 sont demeurés tributaires de l'aide sociale faute d'emplois disponibles. Même si le gouvernement pouvait valablement inciter les jeunes au travail, la solution retenue discriminait sans motif valable entre les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus. Les défectuosités du régime, conjuguées aux idées préconçues le sous-tendant, mènent à la conclusion que l'al. 29*a*) du règlement portait atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. Pour les motifs exposés par le juge Bastarache, l'al. 29*a*) du règlement n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Bien que l'appelante n'ait pas réussi à établir en l'espèce une violation de l'art. 7 de la *Charte*, pour les motifs exposés par la majorité, il ne convient pas à ce moment-ci de fermer la porte à une éventuelle possibilité que l'art. 7 puisse être invoqué dans des circonstances n'ayant aucun lien avec le système de justice.

L'article 45 de la *Charte* québécoise ne garantit pas un droit autonome à un niveau de vie décent. Cet article protège seulement un droit d'accès à des mesures sociales à toute personne dans le besoin. Bien que l'insertion des droits sociaux et économiques dans la *Charte* québécoise leur confère une nouvelle dimension, elle ne leur a pas attribué un caractère juridiquement contraignant. La majorité des dispositions dans le chapitre des « Droits économiques et sociaux » contiennent une réserve indiquant que la mise en œuvre des droits qu'elles protègent dépend de l'adoption de mesures législatives. Dans le cas de l'art. 45, le fait que toute personne dans le besoin n'ait pas droit à des mesures lui assurant un niveau de vie décent, mais plutôt à des mesures susceptibles de lui assurer ce niveau de vie, suggère que le législateur n'a pas voulu conférer aux tribunaux le pouvoir de réviser la suffisance des mesures adoptées ni de s'ériger en législateurs à cet égard. L'expression « prévues par la loi », interprétée à la lumière des autres dispositions du chapitre des droits économiques et sociaux, confirme que le droit prévu à l'art. 45 n'est protégé que dans la mesure prescrite par la loi. L'article 45 n'est toutefois pas dépourvu de tout contenu obligationnel. Puisque l'art. 10 de la *Charte* québécoise ne crée pas un droit autonome à l'égalité, le droit d'accès sans discrimination à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales ne serait pas garanti par la *Charte* québécoise en l'absence de l'art. 45.

Le juge Arbour (dissidente) : L'alinéa 29*a*) du règlement contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* en privant ceux

those to whom it applied of their right to security of the person. Section 7 imposes a positive obligation on the state to offer basic protection for the life, liberty and security of its citizens.

The barriers that are traditionally said to preclude a positive claim against the state under s. 7 are unconvincing. The fact that a right may have some economic value is an insufficient reason to exclude it from the ambit of s. 7. Economic rights that are fundamental to human life or survival are not of the same ilk as corporate-commercial economic rights. The right to a minimum level of social assistance is intimately intertwined with considerations related to one's basic health and, at the limit, even one's survival. These rights can be readily accommodated under the s. 7 rights to "life, liberty and security of the person" without the need to constitutionalize "property" rights or interests. Nor should the interest claimed in this case be ruled out because it fails to exhibit the characteristics of a "legal right". The reliance on the subheading "Legal Rights" as a way of delimiting the scope of s. 7 protection has been supplanted by a purposive and contextual approach to the interpretation of constitutionally protected rights. New kinds of interests, quite apart from those engaged by one's dealings with the justice system and its administration, have been asserted and found to be deserving of s. 7 protection. To continue to insist upon the restrictive significance of the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* would be to freeze constitutional interpretation in a manner inconsistent with the vision of the Constitution as a "living tree". Furthermore, in order to ground a s. 7 claim, it is not necessary that there be some affirmative state action interfering with life, liberty or security of the person. In certain cases, s. 7 can impose on the state a duty to act where it has not done so. A requirement of positive state interference is not implicit in the use of the phrase "principles of fundamental justice" or the concept of "deprivation" in s. 7. The concept of deprivation is sufficiently broad to embrace withholdings that have the effect of erecting barriers in the way of the attainment of some object. The context in which s. 7 is found within the *Charter* favours a conclusion that it can impose on the state a positive duty to act. Since illustrations of the "principles of fundamental justice" found in ss. 8 to 14 of the *Charter* entrench positive rights, it is to be expected that s. 7 rights also contain a positive dimension. Recent case law implies that mere state inaction will on occasion be sufficient to engage s. 7's protection. Finally, the concern that positive claims against the state are not justiciable does not present a barrier in the present case. While it may be true that courts are ill-equipped to decide policy matters concerning resource allocation, this does not support the conclusion that justiciability is a threshold issue barring

auxquels il s'appliquait du droit à la sécurité de leur personne. L'article 7 impose à l'État l'obligation positive d'assurer à ses citoyens la protection élémentaire en ce qui touche la vie, la liberté et la sécurité de leur personne.

Les objections généralement avancées pour s'opposer à la présentation, en vertu de l'art. 7, de demandes sollicitant l'intervention concrète de l'État ne sont pas convaincantes. Le fait qu'un droit puisse comporter une certaine valeur économique n'est pas une raison suffisante pour l'exclure du champ d'application de l'art. 7. Les droits économiques qui sont essentiels à la vie des individus et à leur survie ne sont pas de même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Le droit à un niveau minimal d'aide sociale est intimement lié à des considérations touchant fondamentalement à la santé d'une personne et même, à la limite, à sa survie. Ce droit peut facilement s'intégrer dans le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » prévu à l'art. 7, sans qu'il soit nécessaire de constitutionnaliser les droits ou intérêts de « propriété ». Le type de droit revendiqué en l'espèce ne saurait non plus être écarté parce qu'il ne présente pas les caractéristiques d'une « garantie juridique ». Le recours à l'intertitre « Garanties juridiques » comme moyen de circonscrire le champ d'application de l'art. 7 a été remplacé par l'application d'une démarche téléologique et contextuelle en matière d'interprétation des droits protégés par la Constitution. Au fil des ans, les plaideurs ont invoqué de nouveaux droits très distincts de ceux qui sont en cause lorsque le système judiciaire et l'administration de la justice sont concernés, et les tribunaux ont jugé que ces droits étaient protégés par l'art. 7. Continuer à insister sur l'effet restrictif qu'aurait le fait que l'art. 7 se trouve dans la section des « Garanties juridiques » de la *Charte* équivaudrait à figer l'interprétation constitutionnelle d'une manière incompatible avec la conception selon laquelle la Constitution est un « arbre vivant ». En outre, l'existence d'une mesure étatique concrète portant atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas requise pour fonder la présentation d'une demande en vertu de l'art. 7. Dans certaines circonstances, l'art. 7 peut imposer à l'État l'obligation d'agir lorsqu'il ne l'a pas fait. Le concept de « *deprivation* » évoqué dans le texte anglais de l'art. 7 et l'expression « principes de justice fondamentale » (et son équivalent anglais) dans le texte de cet article ne requièrent pas implicitement l'existence d'une mesure attentatoire concrète de la part de l'État. Le concept de « *deprivation* » est suffisamment large pour englober les privations dont l'effet est d'ériger des obstacles à la réalisation d'un objectif. La position de l'art. 7 dans la structure de la *Charte* milite en faveur de la conclusion selon laquelle cet

the consideration of the substantive claim in this case. This case raises the different question of whether the state is under a positive obligation to provide basic means of subsistence to those who cannot provide for themselves. The role of the courts as interpreters of the *Charter* and guardians of its fundamental freedoms requires them to adjudicate such rights-based claims. These claims can be dealt with here without addressing the question of how much expenditure by the state is necessary in order to secure the right claimed, a question which may not be justiciable.

A textual, purposive or contextual approach to the interpretation of s. 7 mandates the conclusion that the s. 7 rights of life, liberty and security of the person include a positive dimension. The grammatical structure of s. 7 seems to indicate that it protects two rights: a right, set out in the section's first clause, to "life, liberty and security of the person"; and a right, set out in the second clause, not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As a purely textual matter, the fact that the first clause involves some greater protection than that accorded by the second clause seems beyond reasonable objection. There are at least two reasonable interpretations as to what this additional protection might consist of: the first clause may be interpreted as providing for a completely independent and self-standing right, which can be violated even absent a breach of fundamental justice, but requiring a s. 1 justification in the event of such violation; another possible interpretation focuses on the absence of the term "deprivation" in the first clause and suggests that it is at most in connection with the right afforded in the second clause, if at all, that there must be positive state action to ground a violation. Either interpretation demands recognition of the sort of interest claimed by the

article peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir. Comme les exemples de « principes de justice fondamentale » prévus aux art. 8 à 14 de la *Charte* consacrent des droits positifs, il est permis de penser que les droits visés à l'art. 7 comportent également une dimension positive. Il ressort implicitement de certains arrêts récents que la simple inaction de l'État est suffisante dans certaines circonstances pour faire jouer la protection de l'art. 7. Enfin, les doutes qui existent quant à la justiciabilité des demandes sollicitant l'intervention de l'État ne constituent pas un obstacle en l'espèce. Bien qu'il puisse être vrai que les tribunaux ne sont pas équipés pour trancher des questions de politique générale touchant à la répartition des ressources, ce facteur ne permet pas de conclure que la justiciabilité constitue une condition préalable faisant échec à l'examen au fond du présent litige. Le présent pourvoi soulève une question tout à fait différente, soit celle de savoir si l'État a l'obligation positive d'intervenir pour fournir des moyens élémentaires de subsistance aux personnes incapables de subvenir à leurs besoins. Dans leur rôle d'interprètes de la *Charte* et de protecteurs des libertés fondamentales garanties par celle-ci, les tribunaux sont requis de statuer sur les revendications en justice de tels droits. Il est possible, en l'espèce, de connaître des revendications de cette nature sans se demander combien l'État devrait débourser pour garantir le droit revendiqué, question qui pourrait ne pas être justiciable.

L'interprétation de l'art. 7, qu'il s'agisse d'une analyse téléologique, textuelle ou contextuelle, mène à la conclusion que le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par cette disposition comporte une dimension positive. La structure grammaticale de l'art. 7 semble indiquer que celui-ci confère deux droits : le droit, énoncé dans la première partie de la disposition, « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », ainsi que le droit, énoncé dans la deuxième partie de la disposition, à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou la sécurité d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. D'un point de vue purement textuel, il semble qu'on ne puisse raisonnablement nier que la première partie de l'art. 7 accorde une protection plus large que celle prévue par la deuxième partie de cette disposition. Au moins deux interprétations raisonnables sont avancées en ce qui concerne la nature de cette protection additionnelle : suivant une de ces interprétations, la première partie établirait un droit entièrement distinct et autonome, auquel il peut être porté atteinte même en l'absence de violation des principes de justice fondamentale, sous réserve qu'en pareils cas il faut justifier cette atteinte au regard de l'article premier; selon l'autre interprétation, qui s'attache à l'absence du terme « *deprivation* » en anglais dans

appellant in this case and it is not necessary to decide which one is to be preferred.

A purposive interpretation of s. 7 as a whole requires that all the rights embodied in it be given meaning. Reducing s. 7 only to the second clause leaves no useful meaning to the right to life. Such an interpretation of s. 7 threatens not only the coherence, but also the purpose of the *Charter* as a whole. In order to avoid this result, it must be recognized that the state can potentially infringe the right to life, liberty and security of the person in ways that go beyond violating the right contained in the second clause of s. 7. Section 7 must be interpreted as protecting something more than merely negative rights, otherwise the s. 7 right to life will be reduced to the function of guarding against capital punishment — a possibly redundant function in light of s. 12 of the *Charter* — with all of the intolerable conceptual difficulties attendant upon such an interpretation.

With respect to the contextual analysis, positive rights are an inherent part of the *Charter*'s structure. The *Charter* compels the state to act positively to ensure the protection of a significant number of rights. Moreover, justification under s. 1 which invokes the values that underpin the *Charter* as the only suitable basis for limiting those rights, confirms that *Charter* rights contain a positive dimension. Constitutional rights are not simply a shield against state interference. They place a positive obligation on the state to arbitrate competing demands arising from the liberty and rights of others. Thus if one's right to life, liberty and security of the person can be limited under s. 1 by the need to protect the life, liberty or security of others, it can only be because the right is not merely a negative right but a positive one, calling for the state not only to abstain from interfering with life, liberty and security of the person but also to actively secure that right in the face of competing demands.

The interest claimed in this case falls within the range of entitlements that the state is under a positive

la première partie de la disposition, c'est tout au plus à l'égard du droit garanti dans la deuxième partie, à supposer que ce soit même le cas, qu'il faut établir l'existence d'une mesure étatique positive pour fonder une plainte reprochant la violation de ce droit. Chacune de ces interprétations exige la reconnaissance du type de droit que revendique l'appelante en l'espèce et il n'est pas nécessaire de décider laquelle de ces interprétations doit être retenue.

L'interprétation téléologique de l'ensemble de l'art. 7 requiert que l'on donne un sens à tous les droits qui y sont consacrés. Le fait de limiter l'art. 7 uniquement à sa deuxième partie a pour effet de n'attribuer aucun rôle concret au droit à la vie. Une telle interprétation menace non seulement la cohérence de la *Charte* dans son ensemble, mais également son objet. Pour éviter ce résultat, il faut reconnaître qu'il pourrait arriver que l'État porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne autrement qu'en violant le droit prévu à la deuxième partie de l'art. 7. Il faut considérer que l'art. 7 protège davantage que de simples droits négatifs, autrement le rôle du droit à la vie garanti par cette disposition se résumerait à la protection contre la peine de mort — faisant ainsi potentiellement double emploi avec l'art. 12 de la *Charte* —, avec toutes les difficultés conceptuelles intolérables qui découlent d'une telle interprétation.

Relativement à l'analyse contextuelle, les droits positifs font partie intégrante de la structure de la *Charte*. La *Charte* impose à l'État l'obligation d'agir concrètement en vue d'assurer la protection d'un nombre appréciable de droits. En outre, le processus de justification prévu par l'article premier, démarche qui considère les valeurs sous-tendant la *Charte* comme le seul fondement justifiant de restreindre les droits concernés, confirme que les droits consacrés par la *Charte* comportent une dimension positive. Les droits constitutionnels ne servent pas simplement de bouclier contre les atteintes à la liberté commises par l'État, mais ils ont également pour effet d'imposer à celui-ci l'obligation positive d'arbitrer les revendications conflictuelles découlant des droits et libertés de chacun. Si le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne peut, par application de l'article premier, être restreint en raison de la nécessité de protéger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui, ce ne peut être que parce que ce droit n'est pas simplement un droit négatif mais aussi un droit positif, qui commande à l'État non seulement de s'abstenir de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais également de garantir activement ce droit en présence de revendications conflictuelles.

Le droit revendiqué en l'espèce fait partie de ceux que l'État a l'obligation positive d'accorder en vertu de

obligation to provide under s. 7. Underinclusive legislation results in a violation of the *Charter* outside the context of s. 15 where: (1) the claim is grounded in a fundamental *Charter* right or freedom rather than in access to a particular statutory regime; (2) a proper evidentiary foundation demonstrates that exclusion from the regime constitutes a substantial interference with the exercise and fulfilment of a protected right; and (3) it is determined that the state can truly be held responsible for the inability to exercise the right or freedom in question. Here, exclusion from the statutory regime effectively excludes the claimants from any real possibility of having their basic needs met. It is not exclusion from the particular statutory regime that is at stake but the claimants' fundamental rights to security of the person and life itself, which exist independently of any statutory enactment. The evidence demonstrates that the physical and psychological security of young adults was severely compromised during the period at issue and that the legislated exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their fundamental right to security of the person and perhaps even their right to life. Freedom from state interference with bodily or psychological integrity is of little consolation to those who are faced with a daily struggle to meet their most basic bodily and psychological needs. In such cases, one can reasonably conclude that positive state action is what is required in order to breathe purpose and meaning into their s. 7 guaranteed rights. The state can properly be held accountable for the claimants' inability to exercise their s. 7 rights. The issue here is simply whether the state is under an obligation of performance to alleviate the claimants' condition. The claimants need not establish that the state can be held causally responsible for the socio-economic environment in which their s. 7 rights were threatened, nor do they need to establish that the government's inaction worsened their plight. The legislation is directed at providing supplemental aid to those who fall below a subsistence level — an interest which s. 7 was meant to protect. Legislative intervention aimed at providing for essential needs touching on the personal security and survival of indigent members of society is sufficient to satisfy whatever "minimum state action" requirement might be necessary to engage s. 32 of the *Charter*. By enacting the *Social Aid Act*, the Quebec government triggered a state obligation to ensure that any differential treatment or underinclusion in the provision of these essential needs did not run afoul of the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, and in particular by s. 7. It failed to discharge this obligation. As the protection of positive rights is grounded in the first clause of s. 7, which provides a free-standing right to life, liberty and security of the person, and as the violation here consists of inaction and does not bring the justice system

l'art. 7. En dehors du contexte de l'art. 15, une mesure législative n'ayant pas un caractère suffisamment inclusif entraîne une violation de la *Charte* lorsque les conditions suivantes sont réunies : (1) l'argument doit reposer sur une liberté ou un droit fondamental garanti par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) il doit exister une preuve appropriée, démontrant que l'exclusion du régime légal crée une entrave substantielle à l'exercice du droit protégé; (3) il faut déterminer si l'État peut vraiment être tenu responsable de l'incapacité d'exercer la liberté ou le droit fondamental en question. Dans le présent pourvoi, l'exclusion des demandeurs du régime légal les prive effectivement de toute possibilité concrète de pourvoir à leurs besoins essentiels. Ce qui est en jeu n'est pas l'exclusion du régime légal concerné, mais les droits fondamentaux des demandeurs à la sécurité de leur personne et à la vie même, qui existent indépendamment de tout texte législatif. La preuve établit que la sécurité physique et psychologique des jeunes adultes a été sérieusement compromise au cours de la période pertinente et que le fait, dans le texte de loi, d'avoir exclu les jeunes adultes du plein bénéfice des avantages du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et peut-être même à leur droit à la vie. Le droit de ne pas être victimes d'atteintes par l'État à leur intégrité physique ou psychologique est une bien mince consolation pour les personnes qui doivent quotidiennement lutter pour subvenir à leurs besoins physiques et psychologiques les plus élémentaires. Dans ces cas, il est raisonnablement possible de conclure qu'une intervention concrète de l'État est nécessaire pour donner sens et effet aux droits garantis par l'art. 7. L'État peut à juste titre être tenu responsable de l'incapacité des demandeurs à exercer les droits que leur garantit l'art. 7. Dans la présente affaire, il s'agit tout simplement de décider si l'État a l'obligation d'agir pour soulager la situation pénible des demandeurs. Ces derniers n'ont pas à prouver que l'État peut être tenu causalement responsable de l'environnement socio-économique dans lequel les droits que leur garantit l'art. 7 ont été menacés, ni que l'inaction de l'État a aggravé leur sort. La législation pertinente vise à fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné — droit que l'art. 7 est censé protéger. Une intervention législative destinée à pourvoir aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance est suffisante pour satisfaire à toute condition d'application de l'art. 32 de la *Charte* qui requerrait l'existence d'un « minimum d'action gouvernementale ». En édictant la *Loi sur l'aide sociale*, le gouvernement du Québec a fait naître pour l'État l'obligation de s'assurer que toute différence de traitement ou non-inclusion concernant la prestation de ces services

into motion, it is not necessary to determine whether the violation of the appellant's s. 7 rights was in accordance with the principles of fundamental justice.

The violation of the claimants' right to life, liberty and security of the person cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. Although preventing the attraction of young adults to social assistance and facilitating their integration into the workforce might satisfy the "pressing and substantial objective" requirement of the *Oakes* test, it is difficult to accept that denial of the basic means of subsistence is rationally connected to promoting the long-term liberty and inherent dignity of young adults. Moreover, there is agreement with Bastarache J.'s finding that those means were not minimally impairing in a number of ways.

Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15(1) of the *Charter*. On the s. 15 issue, there is general agreement with Bastarache J.'s analysis and conclusions. The infringement could not be saved by s. 1 for substantially the same reasons discussed in relation to the s. 7 violation.

There is also agreement with Bastarache J. that s. 45 of the Quebec *Charter* establishes a positive right to a minimal standard of living but that, in the circumstances of this case, this right cannot be enforced under s. 52 or s. 49.

Finally, there is agreement with Bastarache J. as to the appropriate remedy.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): There is agreement with Bastarache and LeBel JJ. that s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 15 of the *Charter*. Presumptively excluding groups that clearly fall within an enumerated category from s. 15's protection does not serve the purposes of the equality guarantee. The enumerated ground of age is a permanent marker of suspect distinction. Any attempt to exclude youth from s. 15 protection misplaces the focus of a s. 15 inquiry, which is properly on the

essentiels n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, tout particulièrement l'art. 7. Il ne s'est pas acquitté de cette obligation. Comme la protection des droits positifs découle de la première partie de l'art. 7, qui reconnaît à chacun un droit autonome à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et comme, en l'espèce, la violation découle d'une inaction et ne fait pas entrer en jeu le système judiciaire, il n'est pas nécessaire de se demander si cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 à l'appelante a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La violation du droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n'est pas justifiée au sens de l'article premier. Bien que l'objectif consistant à prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes et à favoriser leur intégration dans la population active puisse satisfaire à la condition requérant l'existence d'un « objectif urgent et réel » que prévoit le critère élaboré dans l'arrêt *Oakes*, il est difficile d'accepter que la négation des moyens élémentaires de subsistance puisse avoir un lien rationnel avec les valeurs qu'on tend à favoriser, à savoir la liberté et la dignité inhérente des jeunes adultes à long terme. En outre, il y a accord avec la conclusion du juge Bastarache selon laquelle l'atteinte causée par ces moyens n'était pas, pour plusieurs raisons, minimale.

L'alinéa 29*a*) du règlement violait le par. 15(1) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'art. 15, il y a accord général avec l'analyse et les conclusions du juge Bastarache. La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée au regard de l'article premier, essentiellement pour les raisons exposées à l'égard de la violation de l'art. 7.

Il y a également accord avec l'opinion du juge Bastarache selon laquelle l'art. 45 de la *Charte* québécoise établit un droit positif à un niveau de vie minimal, mais que le respect de ce droit ne peut être imposé en vertu des art. 52 ou 49 dans les circonstances du présent pourvoi.

Enfin, il y a accord avec les conclusions du juge Bastarache quant à la réparation qui convient en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : L'opinion des juges Bastarache et LeBel, selon laquelle l'al. 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte*, est acceptée. Exclure a priori de la protection de l'art. 15 des groupes qui appartiennent clairement à une catégorie énumérée ne sert pas les fins de la garantie d'égalité. Le motif énuméré de l'âge est un indicateur permanent de l'existence d'une distinction suspecte. Toute tentative d'exclure les jeunes de la protection de l'art. 15 déplace le point de

effects of discrimination and not on the categorizing of grounds. Furthermore, the perspective of the legislature should not be incorporated in a s. 15 analysis. An intention to discriminate is not necessary for a finding of discrimination. Conversely, the fact that a legislature intends to assist the group or individual adversely affected by the distinction does not preclude a finding of discrimination.

Section 29(*a*) clearly draws a distinction on an enumerated ground. The only issue is whether s. 29(*a*) denies human dignity in purpose or effect. Harm to dignity results from infringements of individual interests including physical and psychological integrity. Such infringements undermine self-respect and self-worth and communicate to the individual that he or she is not a full member of Canadian society. Stereotypes are not needed to find a distinction discriminatory. Here, the contextual factors listed in *Law* support a finding of discrimination. In particular, the severe harm suffered by the claimant to a fundamental interest, as a result of a legislative distinction drawn on an enumerated or analogous ground, was sufficient for a court to conclude that the distinction was discriminatory. Because she was under 30, the claimant was exposed to the risk of severe poverty. She lived at times below the government's own standard of bare subsistence. Her psychological and physical integrity were breached. A reasonable person in the claimant's position, apprised of all the circumstances, would have perceived that her right to dignity had been infringed as a sole consequence of being under 30 years of age, a condition over which she had no control, and that she had been excluded from full participation in Canadian society. With respect to the other contextual factors, a legislative scheme which causes individuals to suffer severe threats to their physical and psychological integrity as a result of a personal characteristic which cannot be changed *prima facie* does not adequately take into account the needs, capacity or circumstances of the individual or group in question. An ameliorative purpose, as a contextual factor, must be for the benefit of a group less advantaged than the one targeted by the distinction. There is no such group in the present case. Finally, since unemployment was far higher among young adults as compared to the general active population, and an unprecedented number of young people were entering the job market at a time when federal social assistance programs were faltering, it is difficult to conclude that they did not suffer from a pre-existing disadvantage. Disadvantage need not be shared by all members of a group for there to be a finding of discrimination, if, as in this case, it can be shown that only

mire de l'analyse de l'art. 15, laquelle doit porter sur les effets de la discrimination et non sur le classement des motifs dans une catégorie. De surcroît, il n'y a pas lieu de prendre en considération le point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15. Une intention de discriminer n'est pas nécessaire pour conclure à la discrimination. Inversement, le fait qu'un législateur ait l'intention d'aider le groupe ou la personne sur lesquels la distinction alléguée a un effet préjudiciable n'empêche pas de conclure à la discrimination.

L'alinéa 29*a*) établit clairement une distinction fondée sur un motif énuméré. La seule question qui se pose est de savoir si, dans son objet ou son effet, il porte atteinte à la dignité humaine. La dignité humaine est violée s'il y a atteinte aux intérêts individuels, dont l'intégrité physique et psychologique. Ces atteintes minent le respect et l'estime de soi et transmettent à l'individu l'idée qu'il n'est pas un membre à part entière de la société canadienne. Une distinction peut être discriminatoire même si elle ne repose pas sur des stéréotypes. En l'espèce, les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law* étayent une conclusion de discrimination. En particulier, la grave atteinte à un droit fondamental dont a été victime l'appelante, en raison d'une distinction législative fondée sur un motif énuméré ou analogue, était suffisante pour qu'un tribunal puisse statuer que la distinction était discriminatoire. L'appelante était exposée au risque d'une grande pauvreté du fait qu'elle avait moins de 30 ans. Elle a parfois vécu en-deçà du niveau de subsistance minimal fixé par le gouvernement même. Il y a eu atteinte à son intégrité psychologique et physique. Une personne raisonnable, placée dans la position de l'appelante et informée de toutes les circonstances, aurait estimé que son droit à la dignité était violé pour le seul motif qu'elle avait moins de 30 ans, alors qu'elle n'était pas en mesure de faire quoi que ce soit pour modifier cet attribut, et qu'elle était exclue d'une pleine participation à la société canadienne. En ce qui concerne les autres facteurs contextuels, un régime législatif qui menace sérieusement l'intégrité physique et psychologique de certaines personnes, simplement parce qu'elles possèdent une caractéristique personnelle qui ne peut être changée, ne tient pas adéquatement compte, à première vue, des besoins, des capacités et de la situation de la personne ou du groupe en cause. Un objectif d'amélioration, comme facteur contextuel, doit être à l'avantage d'un groupe moins favorisé que celui visé par la distinction. Il n'est pas question d'un tel groupe en l'espèce. Enfin, étant donné que le taux de chômage était beaucoup plus élevé chez les jeunes adultes que pour l'ensemble de la population active, et qu'un nombre record de jeunes entrait sur le marché du travail à une époque où les programmes fédéraux d'aide sociale étaient chancelants, il est difficile de conclure que les jeunes adultes n'étaient pas victimes d'un désavantage

members of that group suffered the disadvantage. The breach of s. 15 was not justified. On this point, there is agreement with Bastarache J.'s s. 1 analysis.

For the reasons given by Arbour J., s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 7 of the *Charter*. Although governments should in general make policy implementation choices, other actors may aid in determining whether social programs are necessary. A claimant should be able to establish with adequate evidence what would constitute a minimum level of assistance. For the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal and substantially for the reasons expressed by Arbour J., the s. 7 violation was not justified.

For the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal, s. 29(*a*) of the Regulation infringes s. 45 of the Quebec *Charter*.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C.

préexistant. Il n'est pas nécessaire que le désavantage frappe tous les membres d'un groupe pour qu'il y ait discrimination, à condition qu'il soit possible de démontrer, comme c'est le cas dans la présente affaire, que seuls des membres de ce groupe sont victimes du désavantage. La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée. Sur ce point, il y a accord avec l'analyse que le juge Bastarache effectue au regard de l'article premier.

Pour les motifs exposés par le juge Arbour, l'al. 29*a*) du règlement contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'il revienne en général aux gouvernements de faire les choix qui concernent la mise en œuvre des politiques, d'autres acteurs peuvent aider à déterminer si des programmes sociaux sont nécessaires. Un demandeur doit être en mesure d'établir, au moyen d'une preuve suffisante, ce qui serait un niveau minimal d'aide. Pour les motifs exposés par le juge dissident de la Cour d'appel et essentiellement pour les mêmes raisons que le juge Arbour, la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée.

Pour les motifs exposés par le juge dissident de la Cour d'appel, l'al. 29*a*) du règlement viole l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd.*

124; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158.

By Bastarache J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211.

c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

By LeBel J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Lévesque v. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223; *Lecours v. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638; *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *Commission des droits de la personne du Québec v. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, aff'd [1994] R.J.Q. 1227; *Desroches v. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540.

By Arbour J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *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. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999]

Citée par le juge LeBel (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223; *Lecours c. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q 3003, conf. par [1994] R.J.Q. 1227; *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *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. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

1 S.C.R. 497; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting income security, S.Q. 1988, c. 51, s. 92.
Act respecting the Constitution Act, 1982, R.S.Q., c. L-4.2, s. 1.
Act to amend the Social Aid Act, S.Q. 1984, c. 5, ss. 1, 2, 4, 5.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*d*), 3, 7, 8 to 14, 11(*b*), (*d*), (*f*), 12, 15, 23, 24(1), 33(1), (3).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 9.1, 10, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 53.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1002, 1003(*a*).
Constitution Act, 1867, ss. 23, 29, 99.
Constitution Act, 1982, ss. 38, 52.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 5(1), 10(1) "age".
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 11(1).
Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, ss. 23 [am. (1981) 113 O.G. II 4118, s. 1; am.

[1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*d*), 3, 7, 8 à 14, 11*b*), *d*), *f*), 12, 15, 23, 24(1), 32, 33(1), (3).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.1, 10, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 53.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1002, 1003*a*).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1), 10(1) « âge ».
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A(III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 22, 25(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210.
Loi concernant la Loi constitutionelle de 1982, L.R.Q., ch. L-4.2, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 23, 29, 99.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 38, 52.
Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale, L.Q. 1984, ch. 5, art. 1, 2, 4, 5.
Loi sur l'aide sociale, L.R.Q., ch. A-16, art. 5, 6, 11 [mod. 1984, ch. 5, art. 1], 11.1 [aj. *idem*, art. 2], 11.2 [*idem*], 31, 45, 49.

(1986) 118 O.G. II 336, s. 1; am. (1986) 118 O.G. II 605, s. 1], 29 [am. (1981) 113 O.G. II 4118, s. 3; am. (1984) 116 O.G. II 2051, s. 3], 32, 35.0.1 [ad. (1984) 116 O.G. II 1432, s. 2], 35.0.2 [*idem*; am. (1985) 117 O.G. II 3690, s.1], 35.0.5 [ad. (1984) 116 O.G. II 1432, s. 2], 35.0.6 [*idem*], 35.0.7 [ad. (1984) 116 O.G. II 2052, s. 6].

Social Aid Act, R.S.Q., c. A-16, ss. 5, 6, 11 [am. 1984, c. 5, s. 1], 11.1 [ad. *idem*, s. 2], 11.2 [*idem*], 31, 45, 49.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Arts. 22, 25(1).

Authors Cited

Ascah, Louis. *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec: un regard économique*. Sherbrooke: Université de Sherbrooke, 1988.

Bosset, Pierre. "Les droits économiques et sociaux: parents pauvres de la Charte québécoise?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 583.

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175.

Carignan, Pierre. "L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne". Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal: Thémis, 1989, 101.

Fortin, Pierre. "Le chomâge des jeunes au Québec: aggravation et concentration (1966-1982)" (1984), 39 *Relations industrielles* 419.

Fortin, Pierre. "Les mesures d'employabilité à l'aide sociale: origine, signification et portée", février 1990.

Greschner, Donna. "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.

Guérin, Gilles. *Les jeunes et le marché du travail*. Québec: Commission consultative sur le travail, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2001, release 1).

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal: Thémis, 1996.

Longtin, Marie-José, et Daniel Jacoby. "La Charte vue sous l'angle du législateur". Dans *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 21. Montréal: Barreau du Québec, 1977, 4.

Poulin Simon, Lise, et Diane Bellemare. *Le plein emploi: pourquoi?* Québec: Presses de l'Université du Québec, 1983.

Loi sur la sécurité du revenu, L.Q. 1988, ch. 51, art. 92.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 11(1).

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 23 [mod. (1981) 113 G.O. II 5525, art. 1; mod. (1986) 118 G.O. II 710, art. 1; mod. (1986) 118 G.O. II 1193, art. 1], 29 [mod. (1981) 113 G.O. II 5525, art. 3; mod. (1984) 116 G.O. II 2399, art. 3], 32, 35.0.1 [aj. (1984) 116 G.O. II 1687, art. 2], 35.0.2 [*idem*; mod. (1985) 117 G.O. II 5318, art. 1], 35.0.5 [aj. (1984) 116 G.O. II 1687, art. 2], 35.0.6 [*idem*], 35.0.7 [aj. (1984) 116 G.O. II 2400, art. 6].

Doctrine citée

Ascah, Louis. *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec : un regard économique*. Sherbrooke : Université de Sherbrooke, 1988.

Bosset, Pierre. « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996), 75 *R. du B. can.* 583.

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter » (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175.

Carignan, Pierre. « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne ». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*. Montréal : Thémis, 1989, 101.

Fortin, Pierre. « Le chomâge des jeunes au Québec : aggravation et concentration (1966-1982) » (1984), 39 *Relations industrielles* 419.

Fortin, Pierre. « Les mesures d'employabilité à l'aide sociale : origine, signification et portée », février 1990.

Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.

Guérin, Gilles. *Les jeunes et le marché du travail*. Québec : Commission consultative sur le travail, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2001, release 1).

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal : Thémis, 1996.

Longtin, Marie-José, et Daniel Jacoby. « La Charte vue sous l'angle du législateur ». Dans *La nouvelle Charte sur les droits et libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 21. Montréal : Barreau du Québec, 1977, 4.

Nations Unies. Conseil économique et social. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Rapport*

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 79, 12 novembre 1974, p. 2744.

Quebec. Minister of Manpower and Income Security. *Pour une politique de sécurité du revenu.* Quebec: Minister of Manpower and Income Security, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, "deprive".

United Nations. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Report of the Fifth Session* (26 November-14 December, 1990), Supplement No. 3 (1991).

Weinrib, Lorraine Eisenstat. "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 1033, [1999] Q.J. No. 1365 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1992] R.J.Q. 1647, [1992] Q.J. No. 928 (QL). Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting.

Carmen Palardy, *Georges Massol* and *Stéphanie Bernstein*, for the appellant.

André Fauteux and *Isabelle Harnois*, for the respondent.

Janet E. Minor and *Peter Landmann*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gabriel Bourgeois, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Sarah Macdonald, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Margaret Unsworth, for the intervener the Attorney General for Alberta.

David Matas, for the intervener Rights and Democracy (also known as International Centre for Human Rights and Democratic Development).

Hélène Tessier, for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

sur la cinquième session (26 novembre-14 décembre 1990), supplément nº 3 (1991).

Poulin Simon, Lise, et Diane Bellemare. *Le plein emploi : pourquoi?* Québec : Presses de l'Université du Québec, 1983.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 79, 12 novembre 1974, p. 2744.

Québec. Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu. *Pour une politique de sécurité du revenu.* Québec : Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 3rd ed. Oxford : Clarendon Press, "deprive".

Weinrib, Lorraine Eisenstat. « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 1033, [1999] J.Q. nº 1365 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 1647, [1992] J.Q. nº 928 (QL). Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents.

Carmen Palardy, *Georges Massol* et *Stéphanie Bernstein*, pour l'appelante.

André Fauteux et *Isabelle Harnois*, pour l'intimé.

Janet E. Minor et *Peter Landmann*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gabriel Bourgeois, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Sarah Macdonald, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Margaret Unsworth, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

David Matas, pour l'intervenant Droits et Démocratie (aussi appelé Centre international des droits de la personne et du développement démocratique).

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Gwen Brodsky and *Rachel Cox*, for the intervener the National Association of Women and the Law (NAWL).

Vincent Calderhead and *Martha Jackman*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI).

Chantal Masse and *Fred Headon*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 Louise Gosselin was born in 1959. She has led a difficult life, complicated by a struggle with psychological problems and drug and alcohol addictions. From time to time she has tried to work, attempting jobs such as cook, waitress, salesperson, and nurse's assistant, among many. But work would wear her down or cause her stress, and she would quit. For most of her adult life, Ms. Gosselin has received social assistance.

2 In 1984, the Quebec government altered its existing social assistance scheme in an effort to encourage young people to get job training and join the labour force. Under the scheme, which has since been repealed, the base amount payable to welfare recipients under 30 was lower than the base amount payable to those 30 and over. The new feature was that, to receive an amount comparable to that received by older people, recipients under 30 had to participate in a designated work activity or education program.

3 Ms. Gosselin contends that the lower base amount payable to people under 30 violates: (1) s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"), which guarantees equal treatment without discrimination based on grounds

Gwen Brodsky et *Rachel Cox*, pour l'intervenante l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD).

Vincent Calderhead et *Martha Jackman*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté (CCQP).

Chantal Masse et *Fred Headon*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP).

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Louise Gosselin est née en 1959. Elle a vécu une vie difficile, compliquée par des problèmes psychologiques et de dépendance à l'alcool et aux drogues. Elle a tenté de travailler à l'occasion, notamment comme cuisinière, serveuse, vendeuse et aide-infirmière. Cependant, le travail l'épuisait ou la stressait et elle quittait son emploi. Pendant la majeure partie de sa vie adulte, M^me^ Gosselin a reçu de l'aide sociale.

En 1984, le gouvernement du Québec a modifié le régime d'aide sociale en vigueur à l'époque en vue d'encourager les jeunes à obtenir une formation professionnelle et à s'intégrer dans la population active. En vertu de ce régime, abrogé depuis, l'allocation de base payable aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans était inférieure à celle accordée aux 30 ans et plus. L'élément novateur de ce régime était qu'il obligeait les bénéficiaires de moins de 30 ans à participer à une activité de travail désignée ou à un programme de formation pour recevoir un montant comparable à celui touché par les bénéficiaires plus âgés.

Madame Gosselin soutient que l'allocation de base inférieure payable aux personnes de moins de 30 ans contrevient : (1) au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») qui garantit l'égalité de traitement sans

including age; (2) s. 7 of the *Canadian Charter*, which prevents the government from depriving individuals of liberty and security except in accordance with the principles of fundamental justice; and (3) s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"). She further argues that neither of the alleged *Canadian Charter* violations can be demonstrably justified under s. 1.

On this basis, Ms. Gosselin asks this Court to order the Quebec government to pay the difference between the lower and the higher base amounts to all the people who: (1) lived in Quebec and were between the ages of 18 and 30 at any time from 1985 to 1989; (2) received the lower base amount payable to those under 30; and (3) did not participate in the government programs, for whatever reason. On her submissions, this would mean ordering the government to pay almost $389 million in benefits plus the interest accrued since 1985. Ms. Gosselin claims this remedy on behalf of over 75 000 unnamed class members, none of whom came forward in support of her claim.

In my view, the evidence fails to support Ms. Gosselin's claim on any of the asserted grounds. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts and Decisions

In 1984, in the face of alarming and growing unemployment among young adults, the Quebec legislature made substantial amendments to the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, creating a new scheme — the scheme at issue in this litigation. Section 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, made under the Act continued to cap the base amount of welfare payable to those under 30 at roughly one third of the base amount payable to those 30 and over. However, the 1984 scheme for the first time made it possible for people under 30 to increase their welfare payments,

discrimination fondée notamment sur l'âge; (2) à l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui interdit au gouvernement de porter atteinte à la liberté et à la sécurité d'une personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale; (3) à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). Elle fait également valoir qu'aucune des violations alléguées de la *Charte canadienne* ne peut se justifier au regard de l'article premier.

4 Sur ce fondement, M^me^ Gosselin demande à notre Cour d'ordonner au gouvernement du Québec de rembourser une somme égale à l'écart entre les allocations de base inférieure et supérieure à toutes les personnes qui : (1) vivaient au Québec et avaient entre 18 et 30 ans à un moment quelconque au cours de la période s'échelonnant de 1985 à 1989; (2) ont touché l'allocation de base inférieure payable aux moins de 30 ans; (3) ne participaient pas aux programmes gouvernementaux, pour quelque raison que ce soit. Selon ses observations, la Cour devrait ainsi ordonner au gouvernement de payer presque 389 millions de dollars en prestations plus les intérêts accumulés depuis 1985. Madame Gosselin sollicite ce redressement pour le compte de plus de 75 000 membres non désignés du groupe, dont aucun ne s'est présenté pour appuyer sa demande.

5 À mon avis, la preuve n'établit le bien-fondé d'aucun des moyens plaidés par M^me^ Gosselin à l'appui de sa demande. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits et les décisions rendues

6 En 1984, devant le taux de chômage alarmant et sans cesse croissant observé chez les jeunes adultes, le législateur québécois a apporté d'importantes modifications à la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, créant un nouveau régime — le régime contesté en l'espèce. L'alinéa 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, pris en application de la Loi, maintenait les prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans au tiers environ des prestations de base versées aux 30 ans et plus. Pour la première fois cependant, le nouveau régime permettait aux moins de 30 ans de

over and above the basic entitlement, to the same (or nearly the same) level as those in the 30-and-over group.

7 The new scheme was based on the philosophy that the most effective way to encourage and enable young people to join the workforce was to make increased benefits conditional on participation in one of three programs: On-the-job Training, Community Work, or Remedial Education. Participating in either On-the-job Training or Community Work boosted the welfare payment to a person under 30 up to the base amount for those 30 and over; participating in Remedial Education brought an under-30 within $100 of the 30-and-over base amount. The 30-and-over base amount still represented only 55 percent of the poverty level for a single person. For example, in 1987, non-participating under-30s were entitled to $170 per month, compared to $466 per month for welfare recipients 30 and over. According to Statistics Canada, the poverty level for a single person living in a large metropolitan area was $914 per month in 1987. Long-term dependence on welfare was neither socially desirable nor, realistically speaking, economically feasible. The Quebec scheme was designed to encourage under-30s to get training or basic education, helping them to find permanent employment and avoid developing a habit of relying on social assistance during these formative years.

8 The government initially made available 30 000 places in the three training programs. The record indicates that the percentage of eligible under-30s who actually participated in the programs averaged around one-third, but it does not explain this participation rate. Although Ms. Gosselin filed a class action on behalf of over 75 000 individuals, she provided no direct evidence of any other young person's experience with the government programs. She alone provided first-hand evidence and testimony as a class member in this case, and she in fact participated in each of the Community Work, Remedial

hausser le niveau de leurs prestations d'aide sociale pour recevoir des prestations supérieures à l'allocation de base et égales (ou presque) à celles versées aux prestataires de 30 ans et plus.

Selon la philosophie qui sous-tendait le nouveau régime, la façon la plus efficace d'encourager et de permettre l'intégration des jeunes dans la population active consistait à leur verser des prestations plus élevées à condition qu'ils participent à l'un des trois programmes suivants : Stages en milieu de travail, Travaux communautaires et Rattrapage scolaire. En participant à l'un ou l'autre des deux premiers programmes, les bénéficiaires de moins de 30 ans touchaient l'équivalent de l'allocation de base payable aux 30 ans et plus, alors qu'en participant au programme Rattrapage scolaire, ils touchaient une somme inférieure de 100 $ à cette allocation. L'allocation de base payable aux 30 ans et plus ne représentait quand même que 55 p. 100 du seuil de pauvreté pour une personne seule. Par exemple, en 1987, les bénéficiaires de moins de 30 ans qui ne participaient à aucun des programmes avaient droit à 170 $ par mois, contre 466 $ pour les bénéficiaires de 30 ans et plus. Selon Statistique Canada, le seuil de pauvreté pour une personne seule vivant dans une zone métropolitaine était en 1987 de 914 $ par mois. La dépendance à long terme à l'aide sociale n'était ni socialement souhaitable ni, de façon réaliste, financièrement possible. Le régime du Québec visait à inciter les moins de 30 ans à acquérir une instruction de base ou une formation, ce qui les aiderait à trouver un emploi permanent et à éviter de développer une dépendance à l'aide sociale au cours des années où ils amorcent leur vie d'adultes.

Le gouvernement avait ouvert au départ 30 000 places dans les trois programmes de formation. Le dossier indique que la proportion de personnes admissibles de moins de 30 ans qui ont réellement participé aux programmes est d'environ un tiers en moyenne, mais il n'explique pas ce taux de participation. Bien que M^{me} Gosselin ait intenté un recours collectif au nom de plus de 75 000 personnes, elle n'a fourni aucune preuve directe de l'expérience qu'aurait vécue une autre jeune personne dans le cadre des programmes gouvernementaux. Elle est la seule personne en l'espèce à avoir fourni une

Education and On-the-job Training Programs at various times. She ended up dropping out of virtually every program she started, apparently because of her own personal problems and personality traits. The testimony from one social worker, particularly as his clinic was attached to a psychiatric hospital and therefore received a disproportionate number of welfare recipients who also had serious psychological problems, does not give us a better or more accurate picture of the situation of the other class members, or of the relationship between Ms. Gosselin's personal difficulties and the structure of the welfare program.

preuve originale et témoigné à titre de membre du groupe, et elle a participé, de fait, à différentes époques, à chacun des trois programmes Travaux communautaires, Rattrapage scolaire et Stages en milieu de travail. Pratiquement chaque fois, elle finissait par abandonner le programme auquel elle s'était inscrite, apparemment en raison de ses problèmes personnels et de ses traits de personnalité. Le témoignage d'un travailleur social, dont la clinique était rattachée à un hôpital psychiatrique et accueillait par conséquent un nombre disproportionné de prestataires d'aide sociale qui avaient aussi de graves problèmes psychologiques, ne nous brosse pas un tableau plus juste ou plus précis de la situation des autres membres du groupe ni du lien entre les difficultés personnelles de M^me^ Gosselin et l'économie générale du régime d'aide sociale.

Ms. Gosselin challenged the 1984 social assistance scheme on behalf of all welfare recipients under 30 subject to the differential regime from 1985 to 1989 (when, for reasons unrelated to this litigation, it was replaced by legislation that does not make age-based distinctions). As indicated above, she argued that Quebec's social assistance scheme violates s. 7 and s. 15(1) of the *Canadian Charter*, and s. 45 of the *Quebec Charter*. She asks the Court to declare s. 29(*a*) of the Regulation — which provided a lesser base welfare entitlement to people under 30 — to have been invalid from 1987 (when it lost the protection of the notwithstanding clause) to 1989, and to order the government of Quebec to reimburse all affected welfare recipients for the difference between what they actually received and what they would have received had they been 30 years of age or over, for a total of roughly $389 million, plus interest.

9 Madame Gosselin a contesté le régime d'aide sociale de 1984 au nom de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui étaient assujettis au régime établissant un traitement différent entre 1985 et 1989 (année où le législateur québécois, pour des raisons sans rapport avec la présente action en justice, l'a remplacé par un régime ne faisant aucune distinction fondée sur l'âge). Comme je l'ai indiqué précédemment, M^me^ Gosselin soutient que le régime d'aide sociale du Québec contrevient à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne*, ainsi qu'à l'art. 45 de la *Charte québécoise*. Elle demande à notre Cour de déclarer que l'al. 29*a*) du Règlement — qui accordait une prestation de base moindre aux moins de 30 ans — était invalide de 1987 (lorsque a pris fin la protection offerte par la disposition de dérogation) jusqu'en 1989, et d'ordonner au gouvernement du Québec de rembourser à tous les bénéficiaires d'aide sociale visés une somme égale à la différence entre les prestations qu'ils ont reçues et celles qu'ils auraient touchées s'ils avaient eu 30 ans ou plus, soit une somme totale d'environ 389 millions de dollars, plus les intérêts.

The trial judge, Reeves J., held that the claim was not supported by the evidence and that the distinction made by Quebec's social assistance regime was not discriminatory under s. 15(1) of the *Canadian Charter* because it was based on genuine considerations that corresponded to relevant characteristics of

10 Le juge Reeves, qui a présidé le procès, a conclu que la demande n'était pas étayée par la preuve et que la distinction établie par le régime d'aide sociale du Québec n'était pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne*, parce qu'elle était fondée sur des considérations véritables,

the under-30 age group, including the importance of providing under-30s with incentives to get training and work experience in the face of widespread youth unemployment: [1992] R.J.Q. 1647. He dismissed Ms. Gosselin's s. 7 claim, holding that s. 7's protection of security of the person does not extend to economic security and does not create a constitutional right to be free from poverty. He also rejected the claim under s. 45 of the *Quebec Charter* on the ground that s. 45 does not create an entitlement to a particular level of state assistance.

11 All three judges of the Quebec Court of Appeal agreed that s. 7 of the *Canadian Charter* was not engaged in this case: [1999] R.J.Q. 1033. Mailhot J.A. found this case indistinguishable from *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, and dismissed the s. 15(1) claim accordingly. Baudouin J.A. found that Quebec's social assistance scheme breached s. 15(1), but he found the breach justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter*. Robert J.A. would have found that the social assistance scheme breached s. 15(1) of the *Canadian Charter* and was not saved by s. 1, but he would have dismissed the claim for damages as inappropriate. On s. 45 of the *Quebec Charter*, only Robert J.A. found a breach, for which he held damages unavailable.

III. Issues

12 This case raises the important question of how to determine when the differential provision of government benefits crosses the line that divides appropriate tailoring in light of different groups' circumstances, and discrimination. To what extent does the *Canadian Charter* restrict a government's discretion to extend different kinds of help, and different levels

correspondant à des caractéristiques pertinentes du groupe des moins de 30 ans — notamment l'importance d'inciter les moins de 30 ans à acquérir une formation et de l'expérience de travail pour contrer le chômage très répandu chez les jeunes : [1992] R.J.Q. 1647. Le juge Reeves a rejeté la prétention fondée sur l'art. 7 que faisait valoir M^me^ Gosselin, statuant que la protection offerte par cet article, garantissant le droit à la sécurité de la personne, ne s'étend pas à la sécurité financière et ne crée pas de droit constitutionnel de vivre à l'abri de la pauvreté. Il n'a pas non plus retenu l'argument fondé sur l'art. 45 de la *Charte québécoise*, au motif que cette disposition ne crée pas le droit de recevoir de l'État un niveau d'aide particulier.

Les trois juges de la Cour d'appel du Québec ont reconnu que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas en l'espèce : [1999] R.J.Q. 1033. Madame le juge Mailhot a estimé que l'affaire ne pouvait être distinguée de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et elle a en conséquence rejeté l'argument fondé sur le par. 15(1). Le juge Baudouin a conclu que le régime d'aide sociale du Québec violait le par. 15(1), mais il a jugé que cette atteinte était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Le juge Robert aurait conclu que le régime d'aide sociale violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne* et qu'il ne pouvait être validé par application de l'article premier; il aurait cependant rejeté la demande de dommages-intérêts, considérant qu'il ne s'agissait pas d'une réparation convenable. En ce qui concerne l'art. 45 de la *Charte québécoise*, seul le juge Robert a conclu à la violation de cette disposition, mais il a jugé qu'elle ne donnait pas ouverture à des dommages-intérêts.

III. Les questions en litige

Le pourvoi soulève l'importante question de savoir dans quelles circonstances le gouvernement, en accordant des prestations sur une base différente, franchit la ligne de démarcation entre l'adaptation d'une mesure à la situation différente d'un groupe et la discrimination. Dans quelle mesure la *Charte canadienne* restreint-elle le pouvoir discrétionnaire

of financial assistance, to different groups of welfare recipients? How much evidence is required to compel a government to retroactively reimburse tens of thousands of people for alleged shortfalls in their welfare payments, arising from a conditional benefits scheme? These issues have implications for the range of options available to governments throughout Canada in tailoring welfare programs to address the particular needs and circumstances of individuals requiring social assistance.

The specific legal issues are found in the stated constitutional questions:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A further issue is whether s. 29(*a*) of the Regulation violates s. 45 of the *Quebec Charter*, and if so, whether a remedy is available.

A preliminary issue arises in connection with s. 33 of the *Canadian Charter* — the "notwithstanding clause". By virtue of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, R.S.Q., c. L-4.2, the Quebec

des gouvernements d'offrir divers types d'assistance et niveaux d'aide financière à des groupes différents de bénéficiaires d'aide sociale? Quelle est l'étendue de la preuve requise pour contraindre le gouvernement à rembourser à des dizaines de milliers de personnes le montant d'aide sociale qu'elles n'ont pas perçu parce que le régime assujettissait les prestations à une condition? Cette question a des répercussions sur l'éventail des solutions dont disposent les gouvernements de tous les ressorts au Canada pour concevoir des programmes de sécurité sociale adaptés à la situation et aux besoins particuliers des personnes qui ont besoin de l'aide sociale.

Les questions de droit en litige sont énoncées dans les questions constitutionnelles ainsi formulées : 13

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il faut également déterminer si l'al. 29*a*) du Règlement viole l'art. 45 de la *Charte québécoise* et, dans l'affirmative, si une réparation peut être accordée. 14

Une question préliminaire se pose relativement à l'art. 33 de la *Charte canadienne*, la disposition de dérogation. Le législateur québécois a édicté la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, 15

legislature withdrew all Quebec laws from the *Canadian Charter* regime for five years from their inception. This means that the Act is immune from *Canadian Charter* scrutiny from June 23, 1982 to June 23, 1987, and the programs part of the scheme is immune from April 4, 1984 to April 4, 1989 (see *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5, ss. 4 and 5). It could be argued, therefore, that the scheme is protected from *Canadian Charter* scrutiny on s. 7 or s. 15(1) grounds for the whole period except for the four months from April 4, 1989 to August 1, 1989. This raises the further question of whether evidence on the legislation's impact outside the four-month period subject to *Canadian Charter* scrutiny can be used to generate conclusions about compliance with the *Canadian Charter* within the four-month period. In view of my conclusion that the program is constitutional in any event, I need not resolve these issues.

IV. Analysis

A. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 15(1) of the Canadian Charter?*

1. The Section 15 Test

16 Section 15(1) of the *Canadian Charter* provides that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

17 To establish a violation of s. 15(1), the claimant must establish on a civil standard of proof that: (1) the law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (2) one or more enumerated or analogous grounds are the basis for the differential treatment; and (3) the law in question has a purpose or effect that is discriminatory in the sense that it denies human dignity or

L.R.Q., ch. L-4.2, pour soustraire toutes les lois québécoises à l'application de la *Charte canadienne* pendant une période de cinq ans à compter de leur adoption. En conséquence, la Loi était à l'abri d'un contrôle fondé sur la *Charte canadienne* du 23 juin 1982 au 23 juin 1987, et les programmes établis par le régime l'étaient entre le 4 avril 1984 et le 4 avril 1989 (voir la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5, art. 4 et 5). On pourrait donc avancer que le contrôle de la conformité du régime avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne* est exclu pour toute la période en cause sauf les quatre mois écoulés entre le 4 avril 1989 et le 1er août 1989. Cette situation soulève une autre question, soit celle de savoir si la preuve concernant l'effet de la mesure législative en dehors de la période de quatre mois où le régime était susceptible d'un examen fondé sur la *Charte canadienne* peut être utilisée pour tirer des conclusions quant à sa conformité avec la *Charte canadienne* durant cette période de quatre mois. Compte tenu de ma conclusion que le régime est constitutionnel de toute façon, il n'est pas nécessaire que je tranche ces questions.

IV. Analyse

A. *Le régime d'aide sociale viole-t-il le par. 15(1) de la Charte canadienne?*

1. Le test de l'art. 15

Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

Pour établir une violation du par. 15(1), la demanderesse doit, selon la norme de preuve en matière civile, démontrer que (1) par son objet ou ses effets, la règle de droit contestée la traite différemment d'autrui, (2) ce traitement différent est fondé sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues, et (3) l'objet ou les effets de la règle de droit sont discriminatoires en ce que celle-ci porte atteinte à la dignité

treats people as less worthy on one of the enumerated or analogous grounds. In this case, the first two elements are clear, and the analysis focuses on whether the scheme was discriminatory.

My colleague Bastarache J. and I agree that *Law* remains the governing standard. We agree that the s. 15(1) test involves a contextual inquiry to determine whether a challenged distinction, viewed from the perspective of a reasonable person in the claimant's circumstances, violates that person's dignity and fails to respect her as a full and equal member of society. We agree that a distinction made on an enumerated or analogous ground violates essential human dignity to the extent that it reflects or promotes the view that the individuals affected are less deserving of concern, respect, and consideration than others: *Law*, *supra*, at para. 42; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, *per* McIntyre J. We agree that a claimant bears the burden under s. 15(1) of showing on a civil standard of proof that a challenged distinction is discriminatory, in the sense that it harms her dignity and fails to respect her as a full and equal member of society. We agree that, if a claimant meets this burden, the burden shifts to the government to justify the distinction under s. 1.

Where we disagree is on whether the claimant in this particular case has met her burden of proof. We both examine the contextual factors enunciated in *Law*, but we reach different conclusions with respect to the adequacy of the factual record, the nature of the inferences we can draw from that record, and the deference owed to the findings of the trial judge. Whatever sympathy Ms. Gosselin's economic circumstances might provoke, I simply cannot find that she has met her burden of proof in showing that the Quebec government discriminated against her based on her age. In my respectful view, she has not demonstrated that the government treated her as

humaine ou traite certaines personnes comme si elles étaient moins dignes d'être reconnues pour l'un ou l'autre des motifs énumérés ou analogues. En l'espèce, les deux premiers éléments sont clairs, et l'analyse vise à déterminer si le régime était discriminatoire.

18 Mon collègue le juge Bastarache et moi sommes d'accord pour dire que l'arrêt *Law* demeure la norme applicable. Nous reconnaissons que le test du par. 15(1) nécessite un examen contextuel visant à déterminer si une distinction contestée, considérée du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse, porte atteinte à la dignité de la personne et ne la respecte pas en tant que membre à part entière de la société. Nous convenons qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue porte atteinte à la dignité humaine essentielle dans la mesure où elle traduit ou propage l'idée que les personnes visées sont moins dignes d'intérêt, de respect ou de considération que les autres : *Law*, précité, par. 42; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171, le juge McIntyre. Nous partageons l'opinion qu'il incombe à la demanderesse de démontrer en vertu du par. 15(1), suivant la norme de preuve en matière civile, qu'une distinction contestée est discriminatoire en ce sens qu'elle porte atteinte à sa dignité et ne la respecte pas en tant que membre à part entière de la société. Nous nous entendons également sur le fait qu'il appartient ensuite au gouvernement, si la demanderesse s'acquitte de son fardeau, de justifier la distinction sous le régime de l'article premier.

19 Nous divergeons cependant d'opinion sur la question de savoir si la demanderesse en l'espèce a satisfait à son fardeau de preuve. Nous procédons tous les deux à un examen des facteurs contextuels énoncés dans *Law*, mais arrivons à des conclusions différentes quant à la suffisance du dossier factuel, à la nature des inférences que nous pouvons faire à partir du dossier et à la retenue dont nous devons faire preuve à l'égard des conclusions du juge de première instance. Quelle que soit la sympathie que les circonstances économiques de M^me^ Gosselin puissent susciter, je ne peux tout simplement pas conclure qu'elle s'est acquittée de la preuve qui lui

less worthy than older welfare recipients, simply because it conditioned increased payments on her participation in programs designed specifically to integrate her into the workforce and to promote her long-term self-sufficiency.

20 We must approach the question of whether the scheme was discriminatory in light of the purpose of the s. 15 equality guarantee. That purpose is to ensure that governments respect the innate and equal dignity of every individual without discrimination on the basis of the listed or analogous grounds: *Law*, *supra*, at para. 51. The aspect of human dignity targeted by s. 15(1) is the right of each person to participate fully in society and to be treated as an equal member, regardless of irrelevant personal characteristics, or characteristics attributed to the individual based on his or her membership in a particular group without regard to the individual's actual circumstances. As Iacobucci J. put it in *Law* (at para. 51):

> [T]he purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

21 Discrimination occurs when people are marginalized or treated as less worthy on the basis of irrelevant personal characteristics, without regard to their actual circumstances. The enumerated and analogous grounds of s. 15 serve as "legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making"; differential treatment based on these grounds invites judicial scrutiny: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 7, *per* McLachlin and Bastarache JJ. However, not every adverse distinction made on the basis of an enumerated or analogous ground constitutes

incombait de démontrer que le gouvernement du Québec a fait preuve de discrimination fondée sur l'âge à son endroit. À mon humble avis, elle n'a pas démontré que le gouvernement l'a traitée comme une personne de moindre valeur que les bénéficiaires d'aide sociale plus âgés, simplement parce qu'il a assujetti le versement de prestations accrues à sa participation à des programmes conçus expressément pour l'intégrer dans la population active et promouvoir son autonomie à long terme.

Nous devons examiner le caractère discriminatoire du régime par rapport à l'objet de la garantie d'égalité accordée par l'art. 15, qui consiste à garantir que les gouvernements respectent la dignité inhérente égale de chaque personne sans discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue : *Law*, précité, par. 51. L'aspect de la dignité humaine visée par le par. 15(1) est le droit de chaque personne de participer pleinement à la société et d'être traitée comme un membre égal de la société, indépendamment des caractéristiques personnelles non pertinentes ou des caractéristiques attribuées à une personne en raison de son appartenance à un groupe particulier sans égard à sa situation réelle. Comme l'affirme le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, par. 51 :

> [L]e par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

Il y a discrimination lorsque des personnes sont marginalisées ou traitées comme des personnes de moindre valeur en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, sans égard à leur situation réelle. Les motifs énumérés et analogues visés à l'art. 15 servent d'« indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes »; la différence de traitement fondée sur ces motifs appelle un examen judiciaire : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7, les juges McLachlin et Bastarache. Toutefois, toute

discrimination: see *Corbiere*. Some group-based distinctions may be appropriate or indeed promote substantive equality, as envisaged in s. 15(2): see *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.

Section 15(1) seeks to ensure that all are treated as equally worthy of full participation in Canadian society, regardless of irrelevant personal characteristics or membership in groups defined by the enumerated and analogous grounds: see D. Greschner, "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291. The focus is not on whether or not the claimant is subject to a formal distinction, but on whether the claimant has in substance been treated as less worthy than others, whether or not a formal distinction exists: *Andrews*, *supra*, at pp. 164-69, *per* McIntyre J.; *Law*, *supra*, at para. 25; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

Section 15's purpose of protecting equal membership and full participation in Canadian society runs like a leitmotif through our s. 15 jurisprudence. *Corbiere* addressed the participation of off-reserve Aboriginal band members in band governance. *Eaton* and *Eldridge* spoke of the harms of excluding disabled individuals from the larger society: *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. *Vriend* dealt with a legislature's exclusion of the ground of sexual orientation from a human rights statute protecting individuals from discrimination based on a range of other grounds: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. *Granovsky* resonated with the language of belonging: "Exclusion and marginalization are generally not created by the individual with disabilities but are created by the economic and social environment and, unfortunately, by the state itself":

distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue ne constitue pas une mesure discriminatoire : voir *Corbiere*. Certaines distinctions fondées sur des caractéristiques de groupe peuvent être appropriées ou en fait promouvoir l'égalité réelle, comme le prévoit le par. 15(2) : voir l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37.

22 Le paragraphe 15(1) cherche à garantir que tous soient traités comme également dignes de participer pleinement dans la société canadienne, indépendamment de caractéristiques personnelles non pertinentes ou de l'appartenance à des groupes définis par rapport à des motifs énumérés et analogues : voir D. Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291. Il ne faut pas porter son attention sur la question de savoir si la partie demanderesse fait l'objet d'une distinction formelle, mais se demander si elle a été traitée réellement comme une personne de moindre valeur que d'autres, peu importe qu'il existe ou non une distinction formelle : *Andrews*, précité, p. 164-169, le juge McIntyre; *Law*, précité, par. 25; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

23 L'objet de l'art. 15, qui consiste à protéger une appartenance égale et une pleine participation à la société canadienne, ressort comme un leitmotiv dans notre jurisprudence sur l'art. 15. L'arrêt *Corbiere* a statué sur la participation des membres de bandes autochtones à l'administration de la bande. Les arrêts *Eaton* et *Eldridge* traitent du préjudice que leur exclusion de l'ensemble de la société cause aux personnes atteintes d'une déficience : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. L'arrêt *Vriend* porte sur l'exclusion par une législature du motif de l'orientation sexuelle dans une loi en matière de droits de la personne qui protège les individus contre la discrimination fondée sur un éventail d'autres motifs : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. L'arrêt *Granovsky* a repris le thème de l'appartenance : « Ce n'est généralement pas la

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 30.

24 To determine whether a distinction made on an enumerated or analogous ground is discriminatory, we must examine its context. As Binnie J. stated in *Granovsky*, *supra*, at para. 59, citing U.S. Supreme Court Marshall J.'s partial dissent in *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985): "[a] sign that says 'men only' looks very different on a bathroom door than a courthouse door". In each case, we must ask whether the distinction, viewed in context, treats the subject as less worthy, less imbued with human dignity, on the basis of an enumerated or analogous ground.

25 The need for a contextual inquiry to establish whether a distinction conflicts with s. 15(1)'s purpose is the central lesson of *Law*. The issue, as my colleagues and I all agree, is whether "a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity" having regard to the individual's or group's traits, history, and circumstances: *Law*, at para. 60, followed in *Lovelace*, *supra*, at para. 55. As an aid to determining whether a distinction has a discriminatory purpose or effect under part (3) of this test, *Law* proposes an investigation of four contextual factors relating to the challenged distinction: (1) pre-existing disadvantage; (2) correspondence between the ground of distinction and the actual needs and circumstances of the affected group; (3) the ameliorative purpose or effect of the impugned measure for a more disadvantaged group; and (4) the nature and scope of the interests affected.

personne ayant une déficience qui est à l'origine de l'exclusion et de la marginalisation, mais plutôt l'environnement socioéconomique et, malheureusement, l'État lui-même » : *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 30.

Pour déterminer si une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire, nous devons en examiner le contexte. Comme le juge Binnie l'a affirmé dans l'arrêt *Granovsky*, précité, par. 59, en citant les propos suivants du juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis, dissident en partie, dans l'arrêt *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) : [TRADUCTION] « [l]'effet d'une affiche indiquant "Hommes seulement" diffère considérablement selon qu'elle se trouve sur la porte d'une salle de toilettes ou sur celle d'un palais de justice ». Dans chaque cas, nous devons nous demander si la distinction, examinée dans son contexte, traite le sujet comme une personne de moindre valeur ou moins empreinte de dignité, sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue.

La principale leçon à tirer de l'arrêt *Law* est qu'il faut procéder à un examen contextuel afin d'établir si une distinction entre en conflit avec l'objet du par. 15(1). Mes collègues et moi nous entendons pour dire que la question à trancher est celle de savoir « si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité » compte tenu des traits, de l'histoire et de la situation de la personne ou du groupe en cause : *Law*, par. 60, suivi dans *Lovelace*, précité, par. 55. Pour nous aider à déterminer si une distinction possède un objet ou un effet discriminatoire à la troisième étape d'application de ce test, l'arrêt *Law* nous propose d'examiner quatre facteurs contextuels se rapportant à la distinction contestée : (1) l'existence d'un désavantage préexistant; (2) la correspondance entre les motifs de distinction et les besoins et la situation véritables du groupe touché; (3) l'objectif ou l'effet d'amélioration de la mesure contestée pour un groupe plus défavorisé; (4) la nature et l'étendue du droit touché.

Both the purpose of the scheme and its effect must be considered in making this evaluation. I agree with Bastarache J. that the effects of the scheme are critical. However, under *Law*, the context of a given legislative scheme also includes its purpose. Simply put, it makes sense to consider what the legislator intended in determining whether the scheme denies human dignity. Intent, like the other contextual factors, is not determinative. Our case law has established that even a well-intentioned or facially neutral scheme can have the effect of discriminating: *BCGSEU*, *supra*. The scheme here is not facially neutral: we are dealing with an explicit distinction. The purpose of the distinction, in the context of the overall legislative scheme, is a factor that a reasonable person in the position of the complainant would take into account in determining whether the legislator was treating him or her as less worthy and less deserving of concern, respect and consideration than others.

Dans le cadre de cette évaluation, il faut examiner à la fois l'objet du régime et son effet. Je souscris à l'opinion du juge Bastarache que les effets du régime sont d'une importance primordiale. Cependant, en application de l'arrêt *Law*, le contexte d'un régime législatif donné inclut également son objet. En termes simples, il est logique d'examiner l'intention du législateur pour déterminer si le régime porte atteinte à la dignité humaine. À l'instar des autres facteurs contextuels, l'intention ne constitue pas un facteur déterminant. Notre jurisprudence a établi que même un régime établi dans une intention louable ou neutre à première vue peut avoir un effet discriminatoire : *BCGSEU*, précité. Le régime en cause en l'espèce n'est pas neutre à première vue : il établit une distinction explicite. Dans le contexte de l'ensemble du régime législatif, l'objet de la distinction constitue un facteur dont une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse tiendrait compte pour déterminer si le législateur la traite comme une personne de moindre valeur ou moins digne d'intérêt, de respect et de considération que d'autres. 26

I emphasize that a beneficent purpose will not shield an otherwise discriminatory distinction from judicial scrutiny under s. 15(1). Legislative purpose is relevant only insofar as it relates to whether or not a reasonable person in the claimant's position would feel that a challenged distinction harmed her dignity. As a matter of common sense, if a law is designed to promote the claimant's long-term autonomy and self-sufficiency, a reasonable person in the claimant's position would be less likely to view it as an assault on her inherent human dignity. This does not mean that one must uncritically accept the legislature's stated purpose at face value: a reasonable person in the claimant's position would not accept the exclusion of women from the workplace based merely on the legislature's assertion that this is for women's "own good". However, where the legislature is responding to certain concerns, and where those concerns appear to be well founded, it is legitimate to consider the legislature's purpose as part of the overall contextual evaluation of a challenged distinction from the claimant's perspective, as called for in *Law*. This is reflected in the questions Iacobucci J. asked in *Law*: "Do the impugned

J'insiste sur le fait qu'un but salutaire ne soustraira pas une distinction par ailleurs discriminatoire à un examen judiciaire au regard du par. 15(1). L'objet d'une mesure législative n'est pertinent que dans la mesure où il se rapporte à la question de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse serait d'avis qu'une distinction contestée a porté atteinte à sa dignité. Logiquement, si un texte législatif est conçu pour promouvoir l'autonomie et l'indépendance à long terme de la demanderesse, une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aura moins tendance à le considérer attentatoire à sa dignité humaine inhérente. Cela ne signifie pas que l'on doive accepter à première vue, sans le moindre esprit critique, l'objet déclaré par le législateur : une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'accepterait pas l'exclusion des femmes du marché du travail si le législateur affirmait simplement qu'il prend cette mesure pour leur [TRADUCTION] « propre bien ». Cependant, lorsque le législateur répond ainsi à certaines préoccupations et que ces préoccupations semblent bien fondées, il est 27

CPP provisions, in purpose or effect, violate essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice?"; "Does the law, in purpose or effect, perpetuate the view that people under 45 are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society?" (para. 99 (emphasis added)).

2. Applying the Test

28 The Regulation at issue made a distinction on the basis of an enumerated ground, age. People under 30 were subject to a different welfare regime than people 30 and over. The question is whether this distinction in purpose or effect resulted in substantive inequality contrary to s. 15(1)'s purpose of ensuring that governments treat all individuals as equally worthy of concern, respect, and consideration. More precisely, the question is whether a reasonable person in Ms. Gosselin's position would, having regard to all the circumstances and the context of the legislation, conclude that the Regulation in purpose or effect treated welfare recipients under 30 as less worthy of respect than those 30 and over, marginalizing them on the basis of their youth.

29 To answer this question, we must consider the four factors set out in *Law*. None of these factors is a prerequisite for finding discrimination, and not all factors will apply in every case. The list of factors is neither absolute nor exhaustive. In addition, the factors may overlap, since they are all designed to illuminate the relevant contextual considerations surrounding a challenged distinction. Nonetheless, the four factors provide a useful

légitime d'examiner le but qu'il vise en procédant à l'évaluation contextuelle globale de la distinction contestée dans la perspective de la demanderesse, comme l'exige l'arrêt *Law*. Ce point de vue ressort des questions posées par le juge Iacobucci dans *Law* : « Les dispositions contestées du RPC ont-elles pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux? »; « L'objet et l'effet de la loi perpétuent-ils l'opinion que les gens âgés de moins de 45 ans sont moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne? » (par. 99 (je souligne)).

2. Application du test

Le Règlement en litige établissait une distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence l'âge. Les personnes de moins de 30 ans étaient assujetties à un régime d'aide sociale différent de celui applicable aux 30 ans et plus. Il faut déterminer si l'objet ou l'effet de cette distinction créait une inégalité réelle à l'encontre de l'objet du par. 15(1), qui consiste à garantir que les gouvernements traitent toutes les personnes comme dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération. Plus précisément, la question est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de M^me^ Gosselin conclurait, compte tenu de l'ensemble des circonstances et du contexte de la mesure législative, que le Règlement, de par son objet ou son effet, traitait les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comme s'ils étaient moins dignes de respect que ceux de 30 ans et plus, en les marginalisant sur le fondement de leur jeunesse.

Pour répondre à cette question, nous devons examiner les quatre facteurs énoncés dans *Law*. Aucun de ces facteurs ne constitue un préalable à une conclusion de discrimination, et ils ne s'appliquent pas tous dans chaque cas. Cette liste de facteurs n'est ni absolue ni exhaustive. En outre, il peut exister un chevauchement entre les facteurs puisqu'ils sont tous conçus pour éclaircir les considérations contextuelles pertinentes entourant une distinction

guide to evaluating an allegation of discrimination, and I will examine each of them in turn.

(a) *Pre-existing Disadvantage*

A key marker of discrimination and denial of human dignity under s. 15(1) is whether the affected individual or group has suffered from "pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice": *Law*, at para. 63. Historic patterns of discrimination against people in a group often indicate the presence of stereotypical or prejudicial views that have marginalized its members and prevented them from participating fully in society. This, in turn, raises the strong possibility that current differential treatment of the group may be motivated by or may perpetuate the same discriminatory views. The contextual factor of pre-existing disadvantage invites us to scrutinize group-based distinctions carefully to ensure that they are not based, either intentionally or unconsciously, on these kinds of unfounded generalizations and stereotypes.

Many of the enumerated grounds correspond to historically disadvantaged groups. For example, it is clear that members of particular racial or religious groups should not be excluded from receiving public benefits on account of their race or religion. However, unlike race, religion, or gender, age is not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege. This does not mean that examples of age discrimination do not exist. But age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society. They do not automatically evoke a context of pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization under this first contextual factor, in the way that other enumerated or analogous grounds might.

contestée. Néanmoins, ces quatre facteurs offrent un guide utile pour l'évaluation d'une allégation de discrimination, et je les examinerai maintenant à tour de rôle.

a) *Un désavantage préexistant*

30 Un indicateur clé de discrimination et de négation de la dignité humaine fondamentale au sens du par. 15(1) est la question de savoir si la personne ou le groupe en cause est victime de la « préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés » : *Law*, par. 63. Des antécédents de discrimination contre les personnes appartenant à un groupe révèlent souvent la présence de stéréotypes ou de préjugés qui ont marginalisé les membres de ce groupe et les ont empêchés de participer pleinement à la société. Cette constatation soulève, à son tour, la forte possibilité que le traitement différent maintenant appliqué à ce groupe puisse être motivé par ces mêmes opinions discriminatoires ou les perpétue. Le facteur contextuel du désavantage préexistant nous invite à examiner soigneusement les distinctions fondées sur des caractéristiques de groupe pour nous assurer qu'elles ne reposent pas, intentionnellement ou inconsciemment, sur ces types de généralisations et de stéréotypes dénués de fondement.

31 Bon nombre des motifs énumérés correspondent à des groupes historiquement défavorisés. Par exemple, il est évident que les membres de groupes raciaux ou religieux particuliers ne devraient pas, en raison de leur race ou de leur religion, être inadmissibles à bénéficier des avantages d'un régime public. Cependant, contrairement à la race, à la religion ou au sexe, l'âge n'est pas fortement associé à la discrimination et à la dénégation arbitraire de privilèges. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'existe pas de cas de discrimination fondée sur l'âge. Cependant, les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société. Elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant qui donne à croire à l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation selon ce premier facteur contextuel, comme pourraient le faire d'autres motifs énumérés ou analogues.

32 To expand on the earlier example, a sign on a courthouse door proclaiming "Men Only" evokes an entire history of discrimination against a historically disadvantaged class; a sign on a barroom door that reads "No Minors" fails to similarly offend. The fact that "[e]ach individual of any age has personally experienced all earlier ages and expects to experience the later ages" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 52-54) operates against the arbitrary marginalization of people in a particular age group. Again, this does not mean that age is a "lesser" ground for s. 15 purposes. However, pre-existing disadvantage and historic patterns of discrimination against a particular group do form part of the contextual evaluation of whether a distinction is discriminatory, as called for in *Law*. Concerns about age-based discrimination typically relate to discrimination against people of advanced age who are presumed to lack abilities that they may in fact possess. Young people do not have a similar history of being undervalued. This is by no means dispositive of the discrimination issue, but it may be relevant, as it was in *Law*.

Si l'on étoffe l'exemple donné précédemment, une affiche indiquant « Hommes seulement » fixée sur les portes d'un palais de justice évoquerait de longs antécédents de discrimination contre une catégorie de personnes historiquement désavantagée; une affiche indiquant « Interdit aux mineurs » fixée à la porte d'un bar ne choquerait pas autant. Comme l'indique P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-54, le fait que [TRADUCTION] « [t]oute personne a vécu les expériences propres à chacune des étapes de la vie qu'elle a traversées jusque-là et compte bien vivre celles qui l'attendent à mesure qu'elle vieillira » joue contre la marginalisation arbitraire des personnes d'un groupe d'âge donné. Encore une fois, cela ne signifie pas que l'âge est un motif « de moindre importance » pour l'application de l'art. 15. Cependant, l'examen du désavantage préexistant et des tendances historiques à la discrimination contre un groupe particulier fait partie de l'évaluation contextuelle à laquelle il faut procéder pour déterminer si une distinction est discriminatoire, comme l'exige l'arrêt *Law*. Les préoccupations quant à la discrimination fondée sur l'âge sont généralement liées à la discrimination contre des personnes d'âge avancé que l'on présume dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité. Les jeunes adultes n'ont pas été sous-estimés de la même manière par le passé. Cette constatation ne tranche pas la question de l'existence d'une discrimination, mais elle peut être pertinente, comme c'était le cas dans l'affaire *Law*.

33 Both as a general matter, and based on the evidence and our understanding of society, young adults as a class simply do not seem especially vulnerable or undervalued. There is no reason to believe that individuals between ages 18 and 30 in Quebec are or were particularly susceptible to negative preconceptions. No evidence was adduced to this effect, and I am unable to take judicial notice of such a counter-intuitive proposition. Indeed, the opposite conclusion seems more plausible, particularly as the programs participation component of the social assistance scheme was premised on a view of the greater long-term employability of under-30s, as compared to their older counterparts. Neither the nature of the distinction at issue nor the evidence

En règle générale, mais aussi selon la preuve et notre conception de la société, il ne semble pas vraiment que, en tant que groupe, les jeunes adultes soient particulièrement vulnérables ou sous-estimés. Il n'y a aucune raison de penser que les personnes âgées de 18 à 30 ans au Québec sont ou étaient particulièrement vulnérables aux préjugés négatifs. Aucune preuve en ce sens n'a été présentée, et je suis incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition contraire au sens commun. De fait, la conclusion inverse semble plus plausible, tout particulièrement du fait que l'élément de participation aux programmes du régime d'aide sociale reposait sur la perception de la meilleure employabilité à long terme des personnes de moins de 30

suggests that the affected group of young adults constitutes a group that historically has suffered disadvantage, or that is at a particular risk of experiencing adverse differential treatment based on the attribution of presumed negative characteristics: see *Lovelace*, *supra*, at para. 69.

With regard to this contextual factor, Ms. Gosselin is in the same position as Mrs. Law. In *Law*, Iacobucci J. stated (at para. 95):

> Relatively speaking, adults under the age of 45 have not been consistently and routinely subjected to the sorts of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities. For this reason, it will be more difficult as a practical matter for this Court to reason, from facts of which the Court may appropriately take judicial notice, that the legislative distinction at issue violates the human dignity of the appellant.

If anything, people under 30 appear to be advantaged over older people in finding employment. As Iacobucci J. also stated in *Law*, with respect to adults under 45 (at para. 101):

> It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labor force attachment and detachment. For example, writing for the majority in *McKinney*, [[1990] 3 S.C.R. 229], LaForest J. stated as follows, at p. 299:
>
> > Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Iacobucci J. went on to note that "[s]imilar thoughts were expressed in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at pp. 998-99, *per* Iacobucci J., and at pp. 1008-9, *per* McLachlin J., [. . . and] *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 881-83, *per* McLachlin J."

ans par rapport à leurs aînés. Ni la nature de la distinction en litige ni la preuve ne tendent à indiquer que le groupe de jeunes adultes touché constitue un groupe historiquement défavorisé, ou qu'il risque particulièrement d'être victime d'une différence de traitement préjudiciable fondée sur l'attribution de prétendues caractéristiques négatives : voir l'arrêt *Lovelace*, précité, par. 69.

En ce qui concerne ce facteur contextuel, M^me^ Gosselin se trouve dans la même situation que M^me^ Law. Dans *Law*, le juge Iacobucci a fait les remarques suivantes (au par. 95) : 34

> Relativement parlant, les adultes de moins de 45 ans n'ont pas continuellement subi le genre de discrimination à laquelle ont fait face certaines minorités distinctes et isolées du Canada. Par conséquent, notre Cour aura plus de difficultés à conclure en pratique, à partir des faits dont elle peut à bon droit prendre connaissance d'office, que la distinction législative en cause viole la dignité humaine de l'appelante.

Les personnes de moins de 30 ans sembleraient plutôt avantagées par rapport aux plus âgées dans la recherche d'un emploi. Pour reprendre les propos du juge Iacobucci concernant les adultes de moins de 45 ans, dans *Law*, par. 101 :

> Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre Cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier. Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la Cour à la majorité dans *McKinney*, [[1990] 3 R.C.S. 229], à la p. 299 :
>
> > À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Le juge Iacobucci a ensuite fait remarquer que « [d]es idées semblables ont été exprimées dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, aux p. 998 et 999, le juge Iacobucci, et aux pp. 1008 et 1009, le juge McLachlin, [. . . et] *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux pp. 881 à 883, le juge McLachlin. »

35 Given the lack of pre-existing disadvantage experienced by young adults, Ms. Gosselin attempts to shift the focus from age to welfare, arguing that all welfare recipients suffer from stereotyping and vulnerability. However, this argument does not assist her claim. The ground of discrimination upon which she founds her claim is age. The question with respect to this contextual factor is therefore whether the targeted age-group, comprising young adults aged 18 to 30, has suffered from historic disadvantage as a result of stereotyping on the basis of age. Re-defining the group as welfare recipients aged 18 to 30 does not help us answer that question, in particular because the 30-and-over group that Ms. Gosselin asks us to use as a basis of comparison also consists entirely of welfare recipients.

Les jeunes adultes n'étant pas victimes d'un désavantage préexistant, M^me^ Gosselin tente de faire de l'aide sociale et non de l'âge l'aspect central de l'analyse, soutenant que tous les bénéficiaires d'aide sociale sont victimes de stéréotypes et se trouvent dans une situation de vulnérabilité. Toutefois, cet argument n'appuie aucunement ses prétentions. Le motif de discrimination sur lequel elle fonde son action est l'âge. La question qu'il faut trancher au regard de ce facteur contextuel consiste donc à déterminer si le groupe d'âge ciblé, soit les jeunes adultes de 18 à 30 ans, a subi historiquement un désavantage en raison d'un stéréotype fondé sur l'âge. Redéfinir le groupe comme se composant des bénéficiaires d'aide sociale âgés de 18 à 30 ans ne nous aide pas à répondre à cette question, tout particulièrement parce que le groupe des 30 ans et plus que M^me^ Gosselin nous demande de considérer comme point de comparaison est lui aussi composé entièrement de bénéficiaires d'aide sociale.

36 I conclude that the appellant has not established that people aged 18 to 30 have suffered historical disadvantage on the basis of their age. There is nothing to suggest that people in this age group have historically been marginalized and treated as less worthy than older people.

Je conclus que l'appelante n'a pas établi que les personnes âgées de 18 à 30 ans sont désavantagées historiquement en raison de leur âge. Rien n'indique que les personnes incluses dans ce groupe d'âge ont été typiquement marginalisées et traitées comme des personnes de moindre valeur que leurs aînés.

(b) *Relationship Between Grounds and the Claimant Group's Characteristics or Circumstances*

b) *Le rapport entre les motifs de discrimination et la situation ou les caractéristiques du groupe auquel appartient la demanderesse*

37 The second contextual factor we must consider in determining whether the distinction is discriminatory in the sense of denying human dignity and equal worth is the relationship between the ground of distinction (age) and the actual characteristics and circumstances of the claimant's group: *Law*, at para. 70. A law that is closely tailored to the reality of the affected group is unlikely to discriminate within the meaning of s. 15(1). By contrast, a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory. Both purpose and effect are relevant here, insofar as they would affect the perception of a

Le rapport entre, d'une part, le motif de distinction (l'âge) et, d'autre part, la situation et les caractéristiques véritables du groupe auquel appartient la demanderesse est le deuxième facteur contextuel que nous devons examiner pour déterminer si la distinction est discriminatoire, en ce sens qu'elle porte atteinte à la dignité et à la valeur égale de tout être humain : *Law*, par. 70. Une mesure législative adaptée spécifiquement à la réalité du groupe concerné risque peu d'être discriminatoire au sens du par. 15(1). À l'opposé, une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine

reasonable person in the claimant's position: see *Law*, at para. 96.

I turn first to purpose in order to evaluate whether or not the rationale for the challenged distinction corresponded to the actual circumstances of under-30s subject to differential welfare scheme. The evidence indicates that the purpose of the challenged distinction, far from being stereotypical or arbitrary, corresponded to the actual needs and circumstances of individuals under 30. In the late 1960s and early 1970s, the unemployment rate among young Quebecers was relatively low, as jobs were readily available. However, circumstances changed dramatically in the course of the ensuing years. First, North America experienced a deep recession in the early 1980s, which hit Quebec hard and drove unemployment from a traditional rate hovering around 8 percent to a peak of 14.4 percent of the active population in 1982, and among the young from 6 percent (1966) to 23 percent. At the same time, the federal government tightened eligibility requirements for federal unemployment insurance benefits, and the number of young people entering the job market for the first time surged. These three events caused an unprecedented increase in the number of people capable of working who nevertheless ended up on the welfare rolls.

The situation of young adults was particularly dire. The unemployment rate among young adults was far higher than among the general population. People under 30, capable of working and without any dependants, made up a greater proportion of welfare recipients than ever before. Moreover, this group accounted for the largest — and steadily growing — proportion of new entrants into the welfare system: by 1983 fully two-thirds of new welfare recipients were under 30, and half were under the age of 23. In addition to coming onto the welfare rolls in ever greater numbers, younger individuals

essentielle des personnes visées et d'être discriminatoire. Tant l'objet que l'effet de la mesure législative sont pertinents, dans la mesure où ils influent sur la perception d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse : voir l'arrêt *Law*, par. 96.

38 J'examinerai tout d'abord l'objet de la distinction contestée afin d'évaluer si sa justification correspondait à la situation véritable des moins de 30 ans assujettis au régime d'aide sociale établissant un traitement différent. La preuve démontre que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, l'objet de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritables des personnes de moins de 30 ans. Vers la fin des années 60 et au début des années 70, le taux de chômage chez les jeunes Québécois était relativement faible, car les emplois étaient facilement accessibles. Toutefois, la situation a changé radicalement au cours des années qui ont suivi. Premièrement, au début des années 80, l'Amérique du Nord a connu une profonde récession, qui a frappé durement le Québec et y a fait grimper le taux de chômage, qui était traditionnellement d'environ 8 p. 100, à un sommet de 14,4 p. 100 de la population active en 1982; chez les jeunes, ce taux est alors passé de 6 p. 100 (en 1966) à 23 p. 100. À la même époque, le gouvernement fédéral a resserré les conditions d'admissibilité aux prestations fédérales d'assurance-chômage et le nombre de jeunes intégrant le marché du travail pour la première fois a fortement augmenté. Ces trois éléments ont provoqué un accroissement sans précédent du nombre de personnes aptes au travail qui ont néanmoins joint les rangs des prestataires d'aide sociale.

39 La situation des jeunes adultes était particulièrement difficile. Leur taux de chômage était beaucoup plus élevé que celui de l'ensemble de la population. Les personnes de moins de 30 ans aptes au travail et sans personne à charge comptaient pour une proportion plus élevée des bénéficiaires d'aide sociale que jamais auparavant. En outre, ce groupe formait la proportion la plus importante — et sans cesse croissante — de nouveaux bénéficiaires d'aide sociale : en 1983, les deux tiers des nouveaux bénéficiaires d'aide sociale avaient moins de 30 ans et la moitié avaient moins de 23 ans. En plus de joindre les rangs

did so for increasingly lengthy periods of time. In 1975, 60 percent of welfare recipients under 30 not incapable of working left the welfare rolls within six months. By 1983, only 30 percent did so.

40 Behind these statistics lay a complex picture. The "new economy" emerging in the 1980s offered diminishing prospects for unskilled or under-educated workers. At the same time, a disturbing trend persisted of young Quebecers dropping out of school and trying to join the workforce. The majority of unemployed youths in the early 1980s were school drop-outs. Unemployed youths were, on average, significantly less educated than the general population, and the unemployment rate among young people with fewer than eight years of education stood at 40 percent to 60 percent. Lack of skills and basic education were among the chief causes of youth unemployment.

41 The government's short-term purpose in the scheme at issue was to get recipients under 30 into work and training programs that would make up for the lower base amount they received while teaching them valuable skills. The differential regime of welfare payments was tailored to help the burgeoning ranks of unemployed youths obtain the skills and basic education they needed to get permanent jobs. The mechanism was straightforward. In order to increase their welfare benefits, people under 30 would be required to participate in On-the-job Training, Community Work or Remedial Education Programs. Participating in the training and community service programs would bring welfare benefits up to the basic level payable to the 30-and-over group, and in the education program to about $100 less.

des prestataires d'aide sociale en nombre de plus en plus grand, les jeunes bénéficiaires recevaient de l'aide sociale pendant des périodes de plus en plus longues. Alors qu'en 1975, 60 p. 100 des bénéficiaires de moins de 30 ans aptes au travail cessaient de toucher des prestations d'aide sociale dans un délai de six mois, en 1983, ce pourcentage avait chuté à seulement 30 p. 100.

Derrière ces statistiques se profilait un tableau complexe. La « nouvelle économie » qui a vu le jour dans les années 80 offrait de moins en moins de possibilités pour les travailleurs non qualifiés ou peu instruits. Parallèlement, on continuait d'observer chez les jeunes Québécois une tendance troublante à abandonner l'école et à tenter d'entrer sur le marché du travail. Au début des années 80, la majorité des jeunes chômeurs étaient des décrocheurs. Les jeunes chômeurs avaient en moyenne un niveau de scolarité sensiblement moins élevé que celui de l'ensemble de la population et le taux de chômage chez les jeunes comptant moins de huit années de scolarité oscillait entre 40 et 60 p. 100. Le manque de compétences et de formation de base figurait parmi les principales causes du chômage chez les jeunes.

À court terme, l'objectif que visait le gouvernement en instaurant le régime contesté était de faire participer les bénéficiaires de moins de 30 ans à des programmes de travail et de formation qui compléteraient l'allocation de base inférieure qu'ils recevaient, tout en leur faisant acquérir des compétences utiles. Le régime établissant des niveaux de prestations d'aide sociale différents a été conçu pour aider le nombre sans cesse croissant de jeunes chômeurs à acquérir les compétences et la formation de base dont ils avaient besoin pour trouver des emplois permanents. Il implantait un mécanisme simple. Pour obtenir une majoration de leurs prestations d'aide sociale, les bénéficiaires de moins de 30 ans devaient participer aux programmes Stages en milieu de travail, Travaux communautaires ou Rattrapage scolaire. Lorsqu'ils participaient à l'un ou l'autre des deux premiers programmes, les bénéficiaires de moins de 30 ans recevaient des prestations égales aux prestations de base versées aux bénéficiaires de 30 ans et plus, alors qu'en participant au troisième ils recevaient une somme inférieure d'environ 100 $ à ces prestations de base.

The government's longer-term purpose was to provide young welfare recipients with precisely the kind of remedial education and skills training they lacked and needed in order eventually to integrate into the workforce and become self-sufficient. This policy reflects the practical wisdom of the old Chinese proverb: "Give a man a fish and you feed him for a day. Teach him how to fish and you feed him for a lifetime." This was not a denial of young people's dignity; it was an affirmation of their potential.

Simply handing over a bigger welfare cheque would have done nothing to help welfare recipients under 30 escape from unemployment and its potentially devastating social and psychological consequences above and beyond the short-term loss of income. Moreover, opposition to the incentive program entirely overlooks the cost to young people of being on welfare during the formative years of their working lives. For young people without significant educational qualifications, skills, or experience, entering into the labour market presents considerable difficulties. A young person who relies on welfare during this crucial initial period is denied those formative experiences which, for those who successfully undertake the transition into the productive workforce, lay the foundation for economic self-sufficiency and autonomy, not to mention self-esteem. The longer a young person stays on welfare, the more difficult it becomes to integrate into the workforce at a later time. In this way, reliance on welfare can contribute to a vicious circle of inability to find work, despair, and increasingly dismal prospects.

Instead of turning a blind eye to these problems, the government sought to tackle them at their roots, designing social assistance measures that might help welfare recipients achieve long-term autonomy. Because federal rules in effect at the time prohibited making participation in the programs mandatory, the province's only real leverage in promoting these programs lay in making participation a prerequisite for increases in welfare. Even if one does not agree

42 À plus long terme, le gouvernement visait à offrir aux jeunes bénéficiaires précisément les cours de rattrapage et les compétences qui leur manquaient et dont ils avaient besoin pour réussir à s'intégrer dans la population active et à devenir autonomes. Cette politique traduit la sagesse pratique du vieux proverbe chinois qui dit : « Donne un poisson à un homme, il aura à manger pour un jour; apprends-lui à pêcher, il pourra se nourrir toute sa vie. » Cette mesure ne constituait pas une négation de la dignité des jeunes adultes, mais bien au contraire la reconnaissance de leur potentiel.

43 Le simple fait de verser un chèque plus élevé aux jeunes bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans ne les aurait nullement aidés à échapper au chômage et à ses conséquences sociales et psychologiques potentiellement dévastatrices, au-delà de la seule perte temporaire de revenus. Qui plus est, la critique visant le régime d'encouragement ne tient absolument aucun compte du coût qu'entraîne pour les jeunes adultes le recours à l'aide sociale pendant les années où ils amorcent leur vie professionnelle. Il est très difficile pour un jeune peu instruit et ne possédant pas de compétences ou d'expérience significatives d'entrer sur le marché du travail. Les jeunes qui ont recours à l'aide sociale au cours de cette période cruciale sont privés des expériences formatrices sur lesquelles ceux qui parviennent à joindre les rangs de la population active bâtissent leur indépendance et leur autonomie financière, sans oublier leur estime de soi. Plus longtemps un jeune a recours à l'aide sociale, plus il aura de la difficulté à s'intégrer un jour dans la population active. En ce sens, le fait de dépendre de l'aide sociale peut contribuer à créer le cercle vicieux de l'incapacité à trouver du travail, du désespoir et des perspectives de plus en plus sombres.

44 Au lieu de fermer les yeux sur ces problèmes, le gouvernement a voulu s'attaquer à leurs causes, en concevant des mesures d'aide sociale susceptibles d'aider les bénéficiaires d'aide sociale à devenir autonomes à long terme. Parce que les règles fédérales en vigueur à l'époque interdisaient d'imposer la participation aux programmes, le seul véritable moyen dont la province disposait pour promouvoir ces programmes était de faire de la participation un

with the reasoning of the legislature or with its priorities, one cannot argue based on this record that the legislature's purpose lacked sufficient foundation in reality and common sense to fall within the bounds of permissible discretion in establishing and fine-tuning a complex social assistance scheme. Logic and common sense support the legislature's decision to structure its social assistance programs to give young people, who have a greater potential for long-term insertion into the workforce than older people, the incentive to participate in programs specifically designed to provide them with training and experience. As indicated above, the government's purpose is a relevant contextual factor in the s. 15(1) analysis insofar as it relates to how a reasonable person in the claimant's circumstances would have perceived the incentive-based welfare regime. In this case, far from ignoring the actual circumstances of under-30s, the scheme at issue was designed to address their needs and abilities. A reasonable person in the claimant's circumstances would have taken this into account.

45 Turning to effect, Ms. Gosselin argues that the regime set up under the Regulation in fact failed to address the needs and circumstances of welfare recipients under 30 because the ability to "top up" the basic entitlement by participating in programs was more theoretical than real. She argues that, notwithstanding the legislature's intentions, the practical consequence of the Regulation was to abandon young welfare recipients, leaving them to survive on a grossly inadequate sum of money. In this way the program did not correspond to their actual needs, she argues, and amounted to discriminatory marginalization of the affected group.

46 The main difficulty with this argument is that the trial judge, after a lengthy trial and careful scrutiny of the record, found that Ms. Gosselin had failed to

préalable à la majoration des prestations. Même si on ne souscrit pas au raisonnement du législateur ou à ses priorités, on ne saurait affirmer, compte tenu de ces éléments, que les mesures prises par le législateur n'étaient pas suffisamment ancrées dans la réalité et le sens commun pour être considérées comme relevant de l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire d'établir un régime complexe d'aide sociale et de l'ajuster dans ses moindres détails. La logique et le sens commun appuient la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes — qui ont un plus grand potentiel d'intégration à long terme dans la population active que leurs aînés — à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience. Comme je l'ai indiqué plus tôt, l'objectif du gouvernement est un facteur contextuel pertinent pour l'application du par. 15(1), quant à la perception qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait eu du régime d'aide sociale fondé sur des mesures d'encouragement. En l'espèce, loin d'ignorer la situation réelle des personnes de moins de 30 ans, le régime en cause était conçu pour répondre à leurs besoins et à leurs capacités. Une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait pris cet élément en considération.

Pour ce qui est de l'effet du régime, M^me^ Gosselin plaide que le régime établi par le Règlement ne répondait pas véritablement aux besoins et à la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, parce que la possibilité qu'ils avaient de « compléter » leurs prestations de base en participant aux programmes était plus théorique que réelle. Elle avance que, malgré les intentions du législateur, le Règlement avait comme conséquence concrète d'abandonner les jeunes bénéficiaires d'aide sociale à leur sort en les obligeant à survivre à l'aide de prestations nettement insuffisantes. Pour cette raison, le régime ne correspondait pas à leurs besoins véritables, soutient-elle, et il équivalait à une marginalisation discriminatoire du groupe touché.

La principale difficulté liée à cet argument tient au fait que le juge de première instance, après un long procès et un examen minutieux du dossier, a

establish actual adverse effect. Reeves J. cautioned against generalizing from Ms. Gosselin's experience, and against over-reliance on opinion statements by experts in this regard, given the absence of any evidence to support the experts' claims about the material situation of individuals in the under-30 age group. He concluded: [TRANSLATION] "It is therefore highly doubtful that the representative plaintiff, acting on behalf of some 75 000 individuals, has discharged her burden of proof concerning whether the law had adverse effects on them" (p. 1664).

I can find no basis upon which this Court can set aside this finding. There is no indication in the record that any welfare recipient under 30 wanting to participate in one of the programs was refused enrollment. Louise Gosselin, who in fact participated in each of the three programs, was the only witness to provide first-hand testimony about the programs at trial. There is no evidence that anyone who tried to access the programs was turned away, or that the programs were designed in such a way as to systematically exclude under-30s from participating. In fact, these programs were initially available only to people under 30 (and, in the case of the Remedial Education Program, to heads of single-parent households 30 and over); they were opened up to all welfare recipients in 1989. As the trial judge emphasized, the record contains no first-hand evidence supporting Ms. Gosselin's claim about the difficulties with the programs, and no indication that Ms. Gosselin can be considered representative of the under-30 class. It is, in my respectful opinion, utterly implausible to ask this Court to find the Quebec government guilty of discrimination under the *Canadian Charter* and order it to pay hundreds of millions of taxpayer dollars to tens of thousands of unidentified people, based on the testimony of a single affected individual. Nor does Ms. Gosselin present sufficient evidence that her own situation was a result of discrimination in violation of s. 15(1). The trial judge did not find evidence indicating a violation, and my

conclu que M^me^ Gosselin n'avait pas établi l'existence d'un véritable effet préjudiciable. Le juge Reeves a fait une mise en garde contre toute généralisation à partir de la situation de M^me^ Gosselin et l'attribution d'une trop grande importance aux témoignages d'opinion des experts à ce sujet, vu l'absence d'éléments de preuve étayant ces opinions concernant la situation matérielle des personnes de moins de 30 ans. Il a tiré la conclusion suivante : « Il est donc fort douteux que la demanderesse représentante, agissant pour le compte de quelque 75 000 individus, ait déchargé le fardeau de la preuve quant à savoir si l'application de la loi a produit à leur égard des effets défavorables » (p. 1664).

47 Je ne vois aucune raison sur laquelle la Cour pourrait se fonder pour écarter cette conclusion. Rien, dans le dossier, n'indique qu'un bénéficiaire quelconque de moins de 30 ans qui voulait participer à un des programmes n'aurait pas réussi à s'y inscrire. Au procès, Louise Gosselin — qui a en fait participé à chacun des trois programmes — a été le seul témoin à déposer directement sur son expérience personnelle relativement à ces programmes. Nous ne disposons d'aucun élément de preuve établissant que quelqu'un aurait tenté de participer aux programmes et se serait vu opposer un refus ni que les programmes auraient été conçus de façon à exclure systématiquement les moins de 30 ans. En fait, initialement, ces programmes étaient offerts seulement aux moins de 30 ans (et, dans le cas du programme Rattrapage scolaire, aux chefs de familles monoparentales âgés de 30 ans et plus); c'est en 1989 qu'ils sont devenus accessibles à tous les bénéficiaires d'aide sociale. Le juge de première instance a insisté sur le fait que le dossier ne renferme aucune preuve originale étayant l'allégation de M^me^ Gosselin quant aux difficultés relatives aux programmes, ni aucun élément démontrant que M^me^ Gosselin peut être considérée comme représentative du groupe des moins de 30 ans. À mon humble avis, il est franchement irréaliste de demander à la Cour de déclarer le gouvernement du Québec coupable de discrimination en contravention de la *Charte canadienne* et de lui ordonner de payer des centaines de millions de dollars de l'argent des

review of the record does not reveal any error in this regard.

48 It is unnecessary to engage in the exercise of surmising how many program places would have been required had every eligible welfare recipient under 30 chosen to participate. In fact, contrary to her allegation, Ms. Gosselin's own experience clearly establishes that participation was a real possibility. For most of the relevant period, Ms. Gosselin's benefits were increased as a result of program participation. On those occasions when Ms. Gosselin dropped out of programs, the record indicates that this was due to personal problems, which included psychological and substance abuse components, rather than to flaws in the programs themselves. Ms. Gosselin's experience suggests that even individuals with serious problems were capable of supplementing their income under the impugned regime.

49 Ms. Gosselin also objects to the fact that the Remedial Education Program yielded less of an increase in benefits than the other programs, leaving participants in that program with a lower basic entitlement than the older group. However, this seems to amount to little more than an incentive for young individuals to prefer some programs (On-the-job Training or Community Work) over another (Remedial Education). In addition, it is worth noting that the government provided books and other materials to Remedial Education participants free of charge. The decision to structure the programs in this particular fashion may be good or bad policy, but it does not establish a breach of the claimant's essential human dignity,

contribuables à des dizaines de milliers de personnes non identifiées, sur le fondement du témoignage d'une seule et unique personne touchée. Madame Gosselin n'a pas non plus présenté une preuve suffisante pour établir que sa propre situation résultait d'une discrimination interdite par le par. 15(1). Le juge de première instance n'a pas trouvé de preuve de l'existence d'une violation et, après avoir examiné le dossier, je ne décèle aucune erreur de sa part à cet égard.

Il est inutile de se lancer dans des conjectures quant au nombre de places qui auraient dû être offertes dans les programmes si tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avaient décidé d'y participer. En fait, l'expérience de M^me^ Gosselin démontre clairement que, contrairement à ce qu'elle avance, il était vraiment possible de participer aux programmes. Pendant la majeure partie de la période pertinente, M^me^ Gosselin a touché des prestations majorées parce qu'elle participait à un programme. Le dossier indique que, chaque fois, lorsque M^me^ Gosselin abandonnait un programme, ce n'était pas en raison des lacunes des programmes mêmes, mais plutôt en raison de problèmes personnels, notamment de problèmes psychologiques et de dépendance à l'alcool et aux drogues. L'expérience vécue par M^me^ Gosselin laisse croire que même les personnes qui avaient de graves problèmes étaient en mesure de toucher un supplément de revenu en vertu du régime contesté.

Madame Gosselin critique aussi le fait que la participation au programme Rattrapage scolaire n'entraînait pas une majoration aussi grande des prestations que les autres programmes, les participants ayant droit à des prestations inférieures au montant de base versé au groupe plus âgé. Cependant, il semble qu'il s'agisse simplement d'une mesure visant à inciter les jeunes à privilégier certains programmes (Stages en milieu de travail et Travaux communautaires) plutôt qu'un autre (Rattrapage scolaire). En outre, il faut signaler que le gouvernement fournissait gratuitement des livres et d'autre matériel aux participants au programme Rattrapage scolaire. La décision de structurer les programmes de cette façon particulière peut s'avérer bonne ou

or a lack of correlation between the provision and the affected group's actual circumstances.

My colleague Bastarache J. relies on the conclusion of Robert J.A., dissenting, that, based on the expert evidence, there were not enough places available in the programs to meet the needs of all welfare recipients under 30. This evidence was before the trial judge, who rejected it as insufficient and specifically cautioned against over-reliance on the experts' opinions. With respect, I am of the view that it is not open to this Court to revisit the trial judge's conclusion absent demonstrated error. Furthermore, my colleague appears to accept in the course of his s. 7 analysis that Ms. Gosselin's problems cannot be attributed solely to the age-based distinction she challenges under s. 15. He states, "[i]n this case, the threat to the appellant's right to security of the person [i.e., her poverty] was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order for her to receive more assistance" (para. 217). And again: "[The appellant] has not demonstrated that the legislation, by excluding her, has reduced her security any more than it would have already been, given market conditions" (para. 222); "nor did the underinclusive nature of the Regulation substantially prevent or inhibit the appellant from protecting her own security" (para. 223).

My colleague Bastarache J. also relies on the claim that only a very small percentage of welfare recipients under 30 actually received the base amount allocated to those 30 and over, because the majority of participants tended to opt for the lower-paying Remedial Education Program (Robert J.A. cites a figure of 11.2 percent, apparently from an economist's 1988 report). The first point is, again,

mauvaise sur le plan des principes, mais elle ne prouve pas l'existence d'une atteinte à la dignité humaine essentielle de la demanderesse ni l'absence de corrélation entre la disposition législative et la situation réelle de groupe touché.

50 Mon collègue le juge Bastarache se fonde sur la conclusion du juge Robert, dissident, de la Cour d'appel, qui a affirmé que, suivant le témoignage d'expert, il n'existait pas suffisamment de places disponibles dans les programmes pour répondre aux besoins de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Cette preuve a été présentée au juge de première instance qui l'a rejetée parce qu'il l'estimait insuffisante et qui a d'ailleurs fait une mise en garde explicite contre l'attribution d'une trop grande importance aux opinions des experts. En toute déférence, je suis d'avis qu'il n'appartient pas à la Cour de réexaminer la conclusion du juge de première instance en l'absence d'une erreur établie. Par ailleurs, mon collègue semble reconnaître dans le cadre de son analyse fondée sur l'art. 7 que les problèmes de M^me^ Gosselin ne peuvent être attribués uniquement à la distinction fondée sur l'âge qu'elle conteste en invoquant l'art. 15. Il affirme : « [e]n l'espèce, le risque de violation de son droit à la sécurité de sa personne [c'est-à-dire sa pauvreté] découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue » (par. 217). Il ajoute que : « [L'appelante] n'a pas démontré que, en l'excluant, le texte de loi a réduit sa sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique » (par. 222); « le caractère non inclusif du règlement n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger sa propre sécurité » (par. 223).

51 Mon collègue le juge Bastarache se fonde également sur l'allégation que seulement un très faible pourcentage des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans ont touché l'allocation de base accordée aux personnes de 30 ans et plus parce que la majorité des participants avaient tendance à opter pour le programme Rattrapage scolaire, qui générait des prestations moins élevées (le juge Robert

that the trial judge did not find Ms. Gosselin's statistical and expert evidence convincing, particularly given the absence of first-hand testimony from actual class members. But there are other problems. There is no evidence about why only about one-third of eligible welfare recipients participated in the programs. Nor is there evidence about the actual income of under-30s who did not participate; clearly "aid received" is not necessarily equivalent to "total income".

52 For these reasons, the appellant has not shown that the impugned Regulation effectively excluded her or others like her from the protection against extreme poverty afforded by the social security scheme. Rather, the effect was to cause young people to attend training and education programs as a condition of receiving the full "basic needs" level of social assistance. I do not believe that making payments conditional in this way violated the dignity or human worth of persons under 30 years of age. The condition was not imposed as a result of negative stereotypes. The condition did not effectively consign the appellant or others like her to extreme poverty. Finally, the condition did not force the appellant to do something that demeaned her dignity or human worth.

53 The long-term effects of the Regulation are also relevant in considering how a reasonable person in the claimant's position would have viewed the government program. The argument is that it imposed short-term pain. But the government thought that in the long run the program would benefit recipients under 30 by encouraging them to get training and find employment. We do not know whether it did so; the fact that the scheme was subsequently revamped may suggest the contrary. The point is simply this: Ms. Gosselin has not established, on the record before us, that the scheme did not correspond to the

de la Cour d'appel cite un pourcentage de 11,2 p. 100, apparemment tiré d'un rapport d'économiste datant de 1988). D'abord, encore une fois, le juge de première instance n'a pas trouvé convaincants les éléments de preuve statistique ni les témoignages d'experts présentés par M^me^ Gosselin, tout particulièrement en l'absence de témoignage original d'autres membres du groupe. Mais d'autres problèmes se posent. Il n'existe aucune preuve expliquant pourquoi environ un tiers seulement des bénéficiaires d'aide sociale admissibles ont participé aux programmes. Il n'existe pas non plus d'éléments de preuve quant au revenu réel des moins de 30 ans qui n'ont pas participé aux programmes; de toute évidence l'« aide reçue » n'équivaut pas nécessairement au « revenu total ».

Pour ces motifs, l'appelante n'a pas démontré que le Règlement contesté l'a effectivement privée — ou a privé ses semblables — de la protection contre la pauvreté extrême offerte par le régime d'aide sociale. Il a plutôt eu pour effet de faire participer les jeunes à des programmes de formation et d'études, leur participation constituant un préalable à l'obtention du niveau d'aide sociale nécessaire pour répondre à tous leurs « besoins essentiels ». Je ne crois pas que le fait d'assujettir ainsi les paiements à une condition porte atteinte à la dignité ou à la valeur humaine des personnes de moins de 30 ans. Cette condition n'a pas été imposée en conséquence de stéréotypes négatifs. Elle n'a pas effectivement confiné l'appelante et ses semblables à la pauvreté extrême. Enfin, cette condition n'a pas obligé l'appelante à accomplir un acte qui aurait porté atteinte à sa dignité ou à sa valeur en tant qu'être humain.

Les effets à long terme du Règlement sont aussi pertinents pour déterminer comment une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait perçu le régime gouvernemental. On avance que ce régime créait une situation pénible à court terme. Cependant, le gouvernement était d'avis que le régime profiterait à long terme aux bénéficiaires de moins de 30 ans en les incitant à obtenir une formation et à trouver du travail. Nous ignorons si le régime a atteint cet objectif, mais les modifications ultérieures apportées au régime pourraient laisser croire le contraire. En termes simples,

needs and situation of welfare recipients under 30 in the short or the long term, or that a reasonable person in her circumstances would have perceived that the government's efforts to equip her with training rather than simply giving her a monthly stipend denied her human dignity or treated her as less than a "full perso[n]" (Bastarache J., at para. 258).

It may well be that some under-30s fell through the cracks of the system and suffered poverty. However, absent concrete evidence, it is difficult to infer from this that the program failed to correspond to the actual needs of under-30s. I find no basis to interfere with the trial judge's conclusion that the record here simply does not support the contention of adverse effect on younger welfare recipients. This makes it difficult to conclude that the effect of the program did not correspond to the actual situation of welfare recipients under 30.

I add two comments. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required to find that a challenged provision does not violate the *Canadian Charter*. The situation of those who, for whatever reason, may have been incapable of participating in the programs attracts sympathy. Yet the inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group. As Iacobucci J. noted in *Law*, *supra*, at para. 105, we should not demand "that legislation must always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the *Charter*". Crafting a social assistance plan to meet the needs of young adults is a complex problem, for which there is no perfect solution. No matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might

voici ce qu'il en est : au vu du dossier qui nous a été soumis, M^me^ Gosselin n'a pas établi que le régime ne correspondait pas aux besoins et à la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, que ce soit à court ou à long terme, ni qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait eu le sentiment que les efforts déployés par le gouvernement pour lui offrir une formation au lieu d'une simple allocation mensuelle portaient atteinte à sa dignité humaine ou la traitaient avec moins de respect « en tant que citoyen[ne] à part entière » (le juge Bastarache, par. 258).

54 Il se peut que certains bénéficiaires de moins de 30 ans aient été victimes des lacunes du système et aient souffert de pauvreté. Cependant, en l'absence d'une preuve concrète, il est difficile d'en déduire que le régime ne correspondait pas aux besoins réels des moins de 30 ans. À mon avis, il n'existe aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance, qui a affirmé que le dossier en l'espèce n'appuie tout simplement pas la prétention que le régime produisait des effets préjudiciables sur les bénéficiaires plus jeunes. On pourrait donc difficilement conclure que l'effet du régime ne correspondait pas à la véritable situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

55 J'ajouterai deux commentaires. Premièrement, il est possible de conclure qu'une disposition contestée ne viole pas la *Charte canadienne* même en l'absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur. On peut éprouver de la sympathie pour les personnes qui, pour une raison ou une autre, n'ont peut-être pas pu participer aux programmes. Cependant, le fait qu'un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné. Comme l'a souligné le juge Iacobucci dans *Law*, précité, par. 105, nous ne devrions pas exiger « qu'une loi doi[ve] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la *Charte* ». L'élaboration d'un régime d'aide sociale destiné à répondre aux besoins des jeunes adultes est un problème complexe, auquel il n'existe pas

have been preferable. The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

56 Second, we cannot infer disparity between the purpose and effect of the scheme and the situation of those affected, from the mere failure of the government to prove that the assumptions upon which it proceeded were correct. Bastarache J. argues that the distinction between people under 30 and older people lacks a "rational basis" because it is "[b]ased on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lower needs" (para. 248). This seems to place on the legislator the duty to verify all its assumptions empirically, even where these assumptions are reasonably grounded in everyday experience and common sense. With respect, this standard is too high. Again, this is primarily a disagreement as to evidence, not as to fundamental approach. The legislator is entitled to proceed on informed general assumptions without running afoul of s. 15, *Law*, at para. 106, provided these assumptions are not based on arbitrary and demeaning stereotypes. The idea that younger people may have an easier time finding employment than older people is not such a stereotype. Indeed, it was relied on in *Law* to justify providing younger widows and widowers with a lesser survivor's benefit.

57 A final objection is that the selection of 30 years of age as a cut-off failed to correspond to the actual situation of young adults requiring social assistance. However, all age-based legislative distinctions have an element of this literal kind of

de solution parfaite. Quelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

Deuxièmement, le simple fait que le gouvernement n'ait pas prouvé l'exactitude des hypothèses sur lesquelles il s'est fondé ne permet pas d'inférer qu'il y a disparité entre, d'une part, l'objet et l'effet du régime et, d'autre part, la situation des personnes touchées. Le juge Bastarache avance que la distinction entre les personnes de moins de 30 ans et les personnes plus âgées ne repose pas sur des « raisons logiques », mais « sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi » (par. 248). Ce raisonnement semble imposer au législateur l'obligation de vérifier empiriquement toutes ses hypothèses, même lorsqu'elles sont raisonnablement fondées sur le quotidien et le sens commun. En toute déférence, cette norme est trop exigeante. Encore une fois, il s'agit principalement d'un désaccord sur la preuve, et non sur l'approche fondamentale. Le législateur peut légitimement s'appuyer sur des hypothèses générales documentées sans contrevenir à l'art. 15 (voir l'arrêt *Law*, précité, par. 106), à la condition que ces hypothèses ne soient pas fondées sur des stéréotypes arbitraires et dégradants. L'idée qu'il pourrait être plus facile pour les jeunes adultes que pour leurs aînés de trouver du travail ne constitue pas un tel stéréotype. En fait, cette raison a été invoquée dans *Law* pour justifier le versement de prestations de survivant réduites aux veuves et veufs plus jeunes.

Une dernière objection porte que la décision de choisir 30 ans comme âge limite était arbitraire parce qu'elle ne tenait pas compte de la situation véritable des jeunes adultes ayant besoin de l'aide sociale. Toutefois, toutes les distinctions législatives

"arbitrariness". That does not invalidate them. Provided that the age chosen is reasonably related to the legislative goal, the fact that some might prefer a different age — perhaps 29 for some, 31 for others — does not indicate a lack of sufficient correlation between the distinction and actual needs and circumstances. Here, moreover, there is no evidence that a different cut-off age would have been preferable to the one selected.

fondées sur l'âge possèdent cette « part d'arbitraire », sans que cela les invalide pour autant. Pourvu que l'âge choisi ait un lien raisonnable avec l'objectif législatif, le fait que certaines personnes auraient préféré un âge différent — peut-être 29 ans pour certaines ou encore 31 ans pour d'autres — ne révèle pas une absence de corrélation suffisante entre la distinction, d'une part, et les besoins et la situation véritables, d'autre part. En outre, dans la présente affaire, aucune preuve n'indique qu'un autre âge limite aurait été préférable à celui qui a été choisi.

I conclude that the record in this case does not establish lack of correlation in purpose or effect between the ground of age and the needs and circumstances of welfare recipients under 30 in Quebec.

58 Je conclus que le dossier en l'espèce n'établit pas l'absence de lien, quant à l'objet ou à l'effet de la distinction, entre le motif de l'âge et les besoins et la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans au Québec.

(c) *The Ameliorative Purpose or Effect of the Impugned Law Upon a More Disadvantaged Person or Group in Society*

c) *L'objectif ou l'effet d'amélioration de la mesure législative à l'égard d'une personne ou d'un groupe plus défavorisé dans la société*

A third factor to be considered in determining whether the group-based devaluation of human worth targeted by s. 15 is established, is whether the challenged distinction was designed to improve the situation of a more disadvantaged group. In *Law*, the Court took into account that the lower pensions for younger widows and widowers were linked to higher pensions for needier, less advantaged, widows and widowers: *Law*, at para. 103.

59 Pour déterminer si l'on a établi, au regard de l'art. 15, l'atteinte à la valeur humaine sur le fondement de caractéristiques de groupe, il faut examiner un troisième facteur, soit le fait que la distinction contestée ait été ou non conçue pour améliorer la situation d'un groupe plus défavorisé. Dans *Law*, notre Cour a tenu compte du fait que le versement de pensions réduites aux veuves et veufs plus jeunes avait un lien avec le versement de pensions plus élevées aux veuves et veufs plus nécessiteux, moins favorisés : *Law*, par. 103.

Here there is no link between creating an incentive scheme for young people involving lower benefits coupled with a program participation requirement, and providing more benefits for older or more disadvantaged people. From this perspective, this contextual factor is neutral. More broadly, the distinction in benefits can be argued to reflect the different situations of recipients under 30 and recipients 30 and over. It is true that younger people require as much to live as older people. However, we may take judicial notice of the increased difficulty older people may encounter in finding employment, as this Court did in *Law*. At the same time, the benefits of training

60 En l'espèce, il n'existe aucun lien entre, d'une part, la création d'un régime d'encouragement destiné aux jeunes adultes, combinant le versement de prestations inférieures et l'obligation de participer à des programmes, et, d'autre part, le versement de prestations supérieures aux personnes plus âgées ou plus défavorisées. De ce point de vue, ce facteur contextuel est neutre. De façon plus générale, on peut soutenir que la distinction entre les prestations reflète les situations différentes des bénéficiaires de moins de 30 ans et de ceux de 30 ans et plus. Il est exact que les jeunes adultes ont besoin du même montant que leurs aînés pour subvenir

and entry into the workforce are greater for younger people than for older people: younger people have a longer career span ahead of them once they join the labour force, and, for them, dependence on welfare risks establishing a chronic pattern at an early age.

61 Viewed thus, the differential treatment of older and younger welfare recipients does not indicate that older recipients were more valued or respected than younger recipients. Older welfare recipients were, if not more disadvantaged (as in *Law*), "differently disadvantaged". Their different positions with respect to long-term employability as compared to younger people provided a reasonable basis for the legislature to tailor its programs to their different situations and needs. The provision of different initial amounts of monetary support to each of the two groups does not indicate that one group's dignity was prized above the other's. Those 30 and over and under-30s were not "similarly situated" in ways relevant to determining the appropriate level of social assistance in the form of unconditional welfare payments.

62 More generally, as discussed above, the Regulation was aimed at ameliorating the situation of welfare recipients under 30. A reasonable person in Ms. Gosselin's position would take this into account in determining whether the scheme treated under-30s as less worthy of respect and consideration than those 30 and over.

(d) *Nature and Scope of the Interests Affected by the Impugned Law*

63 This factor directs us to consider the impact of the impugned law — how "severe and localized the . . . consequences [are] on the affected group":

à leurs besoins. Cependant, nous pourrions prendre connaissance d'office, comme dans *Law*, des difficultés accrues auxquelles les personnes plus âgées risquent de se heurter dans la recherche d'un emploi. Parallèlement, la formation et l'entrée sur le marché du travail comportent des avantages plus importants pour les jeunes adultes que pour leurs aînés : en effet, les jeunes adultes ont devant eux une carrière plus longue que leurs aînés, lorsqu'ils s'intègrent dans la population active, et ils risquent que leur dépendance à l'aide sociale les amène, tôt, à y recourir de façon chronique.

De ce point de vue, les traitements différents réservés aux jeunes bénéficiaires et aux bénéficiaires plus âgés n'indiquent pas que les seconds étaient plus valorisés ou respectés que les premiers. S'ils n'étaient pas davantage défavorisés, comme dans l'affaire *Law*, les bénéficiaires plus âgés étaient « défavorisés différemment ». Compte tenu de leur situation différente de celle des jeunes adultes sur le plan de l'employabilité à long terme, il était raisonnable de la part du législateur d'adapter ses programmes à leur situation et à leurs besoins distincts. Le fait que chaque groupe reçoive des allocations de base différentes comme aide financière n'indique pas que la dignité d'un groupe était privilégiée par rapport à celle de l'autre. Les moins de 30 ans et les 30 ans et plus ne se trouvaient pas « dans la même situation » quant aux éléments pertinents pour déterminer le niveau d'aide sociale qu'il convenait de leur verser sous forme de paiements inconditionnels.

De façon plus générale, comme je l'ai déjà mentionné, le Règlement visait à améliorer la situation des prestataires d'aide sociale de moins de 30 ans. Une personne raisonnable placée dans la situation de M^me^ Gosselin en tiendrait compte pour déterminer si le régime traitait les moins de 30 ans comme s'ils étaient moins dignes de respect et de considération que les 30 ans et plus.

d) *La nature et l'étendue du droit touché par la mesure législative contestée*

Dans l'examen de ce facteur, il faut examiner les effets de la mesure législative contestée — à quel point « les conséquences [. . .] ressenties par

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63, quoted in *Law*, *supra*, at para. 74.

The trial judge, as noted, was unable to conclude that the evidence established actual adverse effects on welfare recipients under 30. The legislature thought it was helping under-30 welfare recipients; while we can surmise that the lower amount caused under-30s greater financial anxiety in the short term than a larger payment would have, we do not know how this actually played out in the context of the program participation scheme, or whether those 30 and over, who were only receiving 55 percent of the poverty level, experienced similar anxiety. The complainant argues that the lesser amount harmed under-30s and denied their essential human dignity by marginalizing them and preventing them from participating fully in society. But again, there is no evidence to support this claim. For those under 30 who were unable, for whatever reason, to increase their base entitlement, the lower base amount might have represented a significant adverse impact, depending on the availability of other resources, like family assistance. But even if we are prepared to accept that some young people must have been pushed well below the poverty line, we do not know how many, nor for how long. In this situation, it is difficult to gauge the nature and scope of the interests affected by the Regulation. We return once more to the central difficulty faced by the trial judge: despite Ms. Gosselin's claim to speak on behalf of 75 000 young people, she simply did not give the court sufficient evidence to support her allegation that the lower base amount was discriminatory, either against her or against the class as a whole.

Assessing the severity of the consequences also requires us to consider the positive impact of the

le groupe touché sont graves et localisées » : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63, cité dans *Law*, précité, par. 74.

64 Le juge de première instance n'a pas été en mesure de conclure que la preuve établissait l'existence de véritables effets préjudiciables sur les bénéficiaires de moins de 30 ans. Le législateur croyait aider les bénéficiaires de moins de 30 ans; bien que nous puissions présumer que le fait de toucher un montant inférieur a aggravé à court terme l'anxiété financière éprouvée par les bénéficiaires de moins de 30 ans, nous ne savons pas quel rôle ce facteur a véritablement joué dans le contexte du régime de participation aux programmes, ni si les bénéficiaires de plus de 30 ans, qui ne touchaient que 55 p. 100 du montant correspondant au seuil de pauvreté, ont éprouvé la même anxiété. La demanderesse avance que le versement du montant inférieur a été préjudiciable aux bénéficiaires de moins de 30 ans et a porté atteinte à leur dignité humaine essentielle en les marginalisant et en les empêchant de participer pleinement dans la société. Il n'existe encore une fois aucun élément de preuve qui étaye cette allégation. Il se peut que les personnes de moins de 30 ans qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas pu accroître leur allocation de base, aient subi un effet préjudiciable appréciable du fait que leurs prestations de base étaient moins élevées, selon l'accessibilité d'autres ressources, comme l'aide de leur famille. Cependant, même si nous sommes disposés à reconnaître que certains jeunes bénéficiaires ont dû se retrouver bien au-dessous du seuil de pauvreté, nous ne savons pas combien ont connu ce sort, ni pendant combien de temps. Dans ces circonstances, il est difficile d'apprécier la nature et l'étendue des droits touchés par le Règlement. Nous revenons une fois de plus à la principale difficulté à laquelle s'est heurté le juge de première instance : bien que M^me^ Gosselin ait soutenu parler au nom de 75 000 jeunes bénéficiaires, elle n'a tout simplement pas présenté au tribunal une preuve suffisante à l'appui de son allégation portant que l'allocation de base inférieure était discriminatoire, que ce soit envers elle ou envers l'ensemble de la catégorie.

65 Pour apprécier la gravité des conséquences, il faut également tenir compte de l'effet positif de

legislation on welfare recipients under 30. The evidence shows that the regime set up under the *Social Aid Act* sought to promote the self-sufficiency and autonomy of young welfare recipients through their integration into the productive workforce, and to combat the pernicious side effects of unemployment and welfare dependency. The participation incentive worked towards the realization of goals that go to the heart of the equality guarantee: self-determination, personal autonomy, self-respect, feelings of self-worth, and empowerment. These are the stuff and substance of essential human dignity: see *Law*, *supra*, at para. 53. I respectfully disagree with the suggestion that the incentive provisions somehow indicated disdain for young people or a belief that they could be made productive only through coercion. On the contrary, the program's structure reflected faith in the usefulness of education and the importance of encouraging young people to develop their skills and employability, rather than being consigned to dependence and unemployment. In my view, the interest promoted by the differential treatment at issue in this case is intimately and inextricably linked to the essential human dignity that animates the equality guarantee set out at s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

la mesure législative sur les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. La preuve démontre que le régime établi en vertu de la *Loi sur l'aide sociale* visait à favoriser l'autonomie et l'indépendance financière des jeunes bénéficiaires d'aide sociale par leur intégration dans la population active et à combattre les effets secondaires pernicieux du chômage et de la dépendance à l'aide sociale. La mesure incitant à la participation aux programmes tendait à la réalisation d'objectifs qui sont au cœur de la garantie d'égalité : autodétermination, autonomie personnelle, respect de soi, confiance en soi et prise en charge de sa destinée. C'est là l'essence de la dignité humaine essentielle : voir *Law*, précité, par. 53. En toute déférence, je rejette l'hypothèse voulant que les dispositions incitatives dénotent du mépris envers les jeunes ou la conviction qu'ils ne peuvent devenir productifs que si on les y contraints. Au contraire, la structure du régime est une marque de foi en l'utilité de l'instruction et en l'importance d'encourager les jeunes à accroître leurs compétences et leur employabilité, plutôt qu'à rester confinés à la dépendance et au chômage. À mon avis, l'intérêt favorisé par la différence de traitement en litige est intimement et inextricablement lié à la dignité humaine essentielle qui anime la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

66 We must decide this case on the evidence before us, not on hypotheticals, or on what we think the evidence ought to show. My assessment of the evidence leads me to conclude that, notwithstanding its possible short-term negative impact on the economic circumstances of some welfare recipients under 30 as compared to those 30 and over, the thrust of the program was to improve the situation of people in this group, and to enhance their dignity and capacity for long-term self-reliance. The nature and scope of the interests affected point not to discrimination but to concern for the situation of welfare recipients under 30. Absent more persuasive evidence to the contrary, I cannot conclude that a reasonable person in the claimant's position would have experienced this scheme as discriminatory, based

Nous devons trancher le présent pourvoi en fonction de la preuve qui nous a été soumise et non en fonction d'hypothèses ou de ce que nous croyons que la preuve devrait démontrer. Après avoir revu la preuve, j'estime que, même s'il est possible qu'il ait eu des conséquences négatives à court terme sur la situation économique de certains bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comparativement à leurs aînés, le régime a pour idée maîtresse d'améliorer la situation des personnes appartenant à ce groupe et de renforcer leur dignité humaine et leur capacité de subvenir à leurs besoins à long terme. La nature et la portée des droits touchés tendent à révéler l'existence non pas d'une discrimination, mais plutôt d'une préoccupation pour la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. En l'absence d'éléments de preuve plus convaincants

on the contextual factors and the concern for dignity emphasized in *Law*.

(e) *Summary of Contextual Factors Analysis*

The question is whether a reasonable welfare recipient under age 30 who takes into account the contextual factors relevant to the claim would conclude that the lower base amount provided to people under 30 treated her, in purpose or effect, as less worthy and less deserving of respect, consideration and opportunity than people 30 and over. On the evidence before us, the answer to this question must be no.

Looking at the four contextual factors set out in *Law*, I cannot conclude that the denial of human dignity fundamental to a finding of discrimination is established. This is not a case where the complainant group suffered from pre-existing disadvantage and stigmatization. Lack of correspondence between the program and the actual circumstances of recipients under 30 is not established, in either purpose or effect. The "ameliorative purpose" factor is neutral with respect to discrimination. Finally, the findings of the trial judge and the evidence do not support the view that the overall impact on the affected individuals undermined their human dignity and their right to be recognized as fully participating members of society, notwithstanding their membership in the class affected by the distinction.

A reasonable welfare recipient under 30 might have concluded that the program was harsh, perhaps even misguided. (As noted, it eventually was repealed.) But she would not reasonably have concluded that it treated younger people as less worthy or less deserving of respect in a way that had the purpose or effect of marginalizing or denigrating younger people in our society. If anything, she

établissant le contraire, je ne puis conclure qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait considéré ce régime discriminatoire, compte tenu des facteurs contextuels et de la préoccupation pour la dignité sur laquelle l'arrêt *Law* met l'accent.

e) *Résumé de l'analyse des facteurs contextuels*

67 La question est de savoir si un bénéficiaire d'aide sociale raisonnable de moins de 30 ans, qui prendrait en compte les facteurs contextuels pertinents, conclurait que, de par son objet ou son effet, l'allocation de base inférieure versée aux personnes de moins de 30 ans la traitait comme si elle était moins digne de respect et de considération et méritait moins qu'on lui accorde une chance que les 30 ans et plus. Au vu de la preuve dont nous disposons, nous devons y répondre par la négative.

68 À partir de l'examen des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il m'est impossible de conclure que l'on a établi l'existence d'une atteinte à la dignité humaine, essentielle pour conclure à la discrimination. Il ne s'agit pas d'un cas où le groupe de la demanderesse a souffert d'un désavantage préexistant et de stigmates. On n'a pas établi l'absence de correspondance entre le régime, quant à son objet ou à son effet, et la situation réelle des bénéficiaires de moins de 30 ans. Le facteur de l'« effet d'amélioration » est neutre pour ce qui est de la discrimination. Enfin, les conclusions du juge de première instance et les éléments de preuve n'appuient pas la prétention que l'incidence globale du régime sur les personnes touchées a porté atteinte à leur dignité humaine et à leur droit d'être reconnues comme membres à part entière de la société, même si elles font partie de la catégorie touchée par la distinction.

69 Un bénéficiaire d'aide sociale raisonnable de moins de 30 ans aurait pu conclure que le régime était dur et, peut-être, qu'il n'était pas judicieux. (Comme je l'ai mentionné, il a finalement été abrogé.) Cependant, il n'aurait pas pu raisonnablement conclure que le régime traitait les jeunes adultes comme s'ils étaient des personnes de moindre valeur ou moins dignes de respect, et ce d'une façon

would have concluded that the program treated young people as more able than older people to benefit from training and education, more able to get and retain a job, and more able to adapt to their situations and become fully participating and contributing members of society.

70 Far from relying on false stereotypes, the program was calibrated to address the particular needs and circumstances of young adults requiring social assistance, considered from both short-term and long-term perspectives. I do not suggest that stereotypical thinking must always be present for a finding that s. 15 is breached. However, its absence is a factor to be considered. The age-based distinction was made for an ameliorative, non-discriminatory purpose, and its social and economic thrust and impact were directed to enhancing the position of young people in society by placing them in a better position to find employment and live fuller, more independent lives. Nor, on the findings of the trial judge, is it established that the program's effect was to undermine the worth of its members in comparison with older people.

71 The most compelling way to put the claimant's case is this. We are asked to infer from the apparent lack of widespread participation in programs that some recipients under 30 must at some time have been reduced to utter poverty. From this we are further asked to infer that at least some of these people's human dignity and ability to participate as fully equal members of society were compromised.

72 The inferences that this argument asks us to draw are problematic. The trial judge, as discussed, was unable to find evidence of actual adverse impact on under-30s as a group. Moreover, the argument rests on a standard of perfection in social programs. As this Court noted in *Law*, that is not the standard to be applied. Some people will always fall through the cracks of social programs. That does not

qui avait pour objet ou pour effet de les marginaliser ou de les dénigrer dans notre société. Ce bénéficiaire raisonnable aurait plutôt conclu que le régime traitait les jeunes adultes comme plus aptes que leurs aînés à profiter de la formation et des cours, plus aptes à obtenir et à conserver un emploi et plus aptes à s'adapter à leur situation et à participer et contribuer pleinement en tant que membres à la société.

Loin d'être fondé sur des stéréotypes erronés, le régime était conçu pour répondre, tant à court terme qu'à long terme, aux besoins et à la situation des jeunes adultes ayant besoin d'aide sociale. Je n'insinue pas qu'il doit toujours exister un stéréotype à l'appui d'une conclusion qu'il y a eu violation de l'art. 15. Cependant, l'inexistence d'un stéréotype constitue un facteur dont il faut tenir compte. La distinction fondée sur l'âge a été créée dans un objectif d'amélioration non discriminatoire; son idée maîtresse et ses effets sur les plans social et économique tendaient à l'amélioration de la situation des jeunes dans la société en accroissant leurs chances de trouver du travail et de mener une vie plus équilibrée et plus indépendante. De plus, suivant les conclusions du juge de première instance, on n'a pas établi que le régime a eu pour effet de dévaloriser les membres de ce groupe par rapport à leurs aînés.

Voici la formulation la plus juste de l'argument de la demanderesse. Elle nous demande d'inférer de l'absence apparente d'une forte participation aux programmes que certains bénéficiaires de moins de 30 ans ont nécessairement été réduits à vivre dans la plus grande pauvreté à un moment quelconque. À partir de cette inférence, elle nous demande aussi de conclure qu'au moins certaines de ces personnes ont subi une atteinte à leur dignité et à leur capacité de vivre dans l'égalité comme membres à part entière de la société.

Les inférences que l'on nous demande ainsi de faire posent des problèmes. Comme je l'ai expliqué, le juge de première instance n'a pas été en mesure de trouver des éléments de preuve établissant l'existence d'un véritable effet préjudiciable sur les moins de 30 ans en tant que groupe. Par ailleurs, cet argument repose sur une norme de perfection des programmes sociaux. Comme notre Cour l'a affirmé

establish denial of human dignity and breach of s. 15. What is required is demonstration that the program as a whole and in the context of *Law*'s four factors in purpose or effect denied human dignity to the affected class, penalizing or marginalizing them simply for being who they were. In this case, that has not been shown.

In many respects, the case before us is strikingly similar to *Law*. The provision there drew an age-based distinction in a survivor's entitlement to pension benefits, allocating no benefit to survivors who were under 35 years of age at the time of the contributor's death, in the absence of specific circumstances provided for in the legislation. The provision here draws an age-based distinction in an unemployed individual's entitlement to welfare benefits, allocating a reduced monetary benefit coupled with a program participation incentive to unemployed individuals who are under 30 years of age at the time of receipt, in the absence of specific circumstances provided for in the Regulation. The appellant in *Law* argued that the distinction, however well intentioned, was based on a faulty assumption that younger people can more easily obtain employment than older people. The appellant here argues that the distinction, however well intentioned, is based on a faulty assumption that younger people can more easily obtain employment than older people. The appellant in *Law* emphasized short-term differences, while the respondent emphasized long-term needs. The appellant here emphasizes short-term differences, while the respondent emphasizes long-term needs. The Court held in *Law* that while the law contained a facial age-based distinction that treated younger people adversely, "the differential treatment does not reflect or promote the notion that they are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration, when the dual perspectives of long-term security and the greater opportunity of youth are considered" (para. 102). Similarly here, the aim of the legislation in averting long-term dependency on welfare and

dans *Law*, ce n'est pas là la norme qui doit être appliquée. Il existera toujours des personnes qui seront victimes des lacunes des programmes sociaux. La preuve d'une atteinte à la dignité humaine ou d'une violation de l'art. 15 n'est pas établie pour autant. Il faut plutôt démontrer que le régime dans son ensemble et dans le contexte des quatre facteurs énoncés dans *Law* a, de par son objet ou son effet, porté atteinte à la dignité humaine des personnes appartenant à la catégorie touchée, en les pénalisant ou les marginalisant simplement en raison de ce qu'elles étaient. En l'espèce, cela n'a pas été démontré.

73 Le présent pourvoi ressemble remarquablement à *Law* à de nombreux égards. Dans cette affaire, la disposition en cause établissait une distinction fondée sur l'âge quant au droit à une pension de survivant et n'accordait aucune prestation aux conjoints survivants de moins de 35 ans au moment du décès du cotisant, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. En l'espèce, la disposition litigieuse établit une distinction fondée sur l'âge quant au droit d'une personne sans emploi à des prestations d'aide sociale et elle prévoit que les chômeurs âgés de moins de 30 ans au moment du versement des prestations recevront des prestations réduites assorties d'un complément les encourageant à participer à un programme, sous réserve de certaines exceptions prévues par le Règlement. Dans l'arrêt *Law*, l'appelante soutenait que la distinction, toute bien intentionnée qu'elle fût, était fondée sur une hypothèse erronée voulant que les personnes plus jeunes puissent décrocher un emploi plus facilement que leurs aînés. En l'espèce, l'appelante avance que la distinction, toute bien intentionnée qu'elle soit, est fondée sur une hypothèse erronée voulant que les personnes plus jeunes puissent décrocher un emploi plus facilement que leurs aînés. Dans l'arrêt *Law*, l'appelante faisait ressortir les différences à court terme, et l'intimé les besoins à long terme. En l'espèce, l'appelante fait ressortir les différences à court terme, et l'intimé les besoins à long terme. Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a statué que, même si la loi renfermait à première vue une distinction fondée sur l'âge défavorisant les personnes plus jeunes, « si elle est analysée du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse, la différence de traitement ne traduit

promoting insertion into the labour force, coupled with the provision of job training and remedial education programs, leads to the conclusion that the differential treatment does not reflect or promote the notion that young people are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration. The Court found in *Law* that the legislation's failure to correspond perfectly to the circumstances of each and every individual member of the affected group did not "affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant" (para. 106). Likewise here, the legislation's arguable failure to correspond perfectly to Ms. Gosselin's personal circumstances, the only circumstances described in the record, does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with her human dignity and freedom, and with the human dignity and freedom of under-30s generally.

74 I conclude that the impugned law did not violate the essential human dignity of welfare recipients under 30. We must base our decision on the record before us, not on personal beliefs or hypotheticals. On the facts before us, the law did not discriminate against Ms. Gosselin, either individually or as a member of the group of 18- to 30-year-olds in Quebec. The differential welfare scheme did not breach s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

B. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 7 of the Canadian Charter?*

75 Section 7 states that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person" and "the right not to be deprived" of these "except in accordance with the principles of fundamental justice". The appellant argues that the s. 7 right to security of the person includes the right to receive a particular

ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération » (par. 102). De même, en l'espèce, le but de la disposition législative, qui consiste à éviter la dépendance à long terme à l'aide sociale et à promouvoir l'intégration dans la population active, conjugué à la prestation de programmes de formation professionnelle et de rattrapage scolaire, mène à la conclusion que la différence de traitement ne traduit ni n'encourage l'idée que les jeunes personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération. Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a conclu que le fait que les dispositions de la loi ne correspondent pas parfaitement à la situation de chacun des membres du groupe touché ne « compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante » (par. 106). De même, en l'espèce, le fait que l'on puisse soutenir que la mesure législative ne correspond pas parfaitement à la situation personnelle de M^me^ Gosselin, la seule décrite au dossier, ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elle est compatible avec la dignité et la liberté de l'appelante et avec la dignité et la liberté des moins de 30 ans en général.

Je conclus que la mesure législative contestée ne portait pas atteinte à la dignité humaine essentielle des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Nous devons fonder notre décision sur le dossier qui nous a été soumis et non sur des hypothèses ou des convictions personnelles. Au vu des faits, tels qu'ils nous ont été présentés, la mesure législative contestée ne créait pas de discrimination à l'endroit de M^me^ Gosselin, individuellement ou en tant que membre du groupe des 18 à 30 ans au Québec. Le régime d'aide sociale établissant une différence de traitement ne contrevenait donc pas au par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

B. *Le régime d'aide sociale viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne?*

L'article 7 dispose que « [c]hacun 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 ». L'appelante fait valoir que le droit à la sécurité de la personne emporte le droit de recevoir de l'État un niveau

level of social assistance from the state adequate to meet basic needs. She argues that the state deprived her of this right by providing inadequate welfare benefits, in a way that violated the principles of fundamental justice. There are three elements to this claim: (1) that the legislation affects an interest protected by the right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7; (2) that providing inadequate benefits constitutes a "deprivation" by the state; and (3) that, if deprivation of a right protected by s. 7 is established, this was not in accordance with the principles of fundamental justice. The factual record is insufficient to support this claim. Nevertheless, I will examine these three elements.

The first inquiry is whether the right here contended for — the right to a level of social assistance sufficient to meet basic needs — falls within s. 7. This requires us to consider the content of the right to life, liberty and security of the person, and the nature of the interests protected by s. 7.

As emphasized by my colleague Bastarache J., the dominant strand of jurisprudence on s. 7 sees its purpose as guarding against certain kinds of deprivation of life, liberty and security of the person, namely, those "that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration": *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 65. "[T]he justice system and its administration" refers to "the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law" (*G. (J.)*, at para. 65). This view limits the potential scope of "life, liberty and security of the person" by asking whom or what s. 7 protects against. Under this narrow interpretation, s. 7 does not protect against all measures that might in some way impinge on life, liberty or security, but only against those that can be attributed to state action implicating the administration of justice: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), at pp. 1173-74, *per* Lamer J. (as he then was), writing for himself; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at

d'aide sociale suffisant pour répondre à ses besoins essentiels. Elle prétend que l'État a porté atteinte à ce droit qui lui est garanti en lui versant des prestations d'aide sociale insuffisantes, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. Sa prétention comporte trois éléments : (1) la mesure législative porte atteinte à un intérêt protégé par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l'art. 7; (2) le versement de prestations insuffisantes constitue une « atteinte » par l'État; (3) l'atteinte à son droit protégé par l'art. 7, si elle est établie, n'a pas été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le dossier factuel n'est pas suffisant pour étayer cette prétention. J'examinerai néanmoins ces trois éléments.

76 La première question est de savoir si le droit revendiqué en l'espèce — le droit à un niveau d'aide sociale suffisant pour répondre aux besoins essentiels — est inclus dans l'art. 7. À cette fin, nous devons examiner le contenu du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi que la nature des intérêts protégés par l'art. 7.

77 Comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition à pour objet d'empêcher certains types d'atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, soit celles « qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice » : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 65. Les mots « le système judiciaire et l'administration de la justice » s'entendent du « comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi » (*G. (J.)*, par. 65). Une telle interprétation limite la portée possible du droit « à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » en demandant contre qui ou contre quoi l'art. 7 accorde sa protection. Suivant cette interprétation étroite, cet article ne protégerait pas contre toutes les mesures susceptibles de porter atteinte d'une façon ou d'une autre au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité, mais seulement contre celles pouvant être imputées à un acte de l'État accompli dans le cadre de l'administration de la justice : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*

paras. 21-23, *per* Lamer C.J., again writing for himself alone; and *G. (J.)*, *supra*, for the majority. This approach was affirmed in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, *per* Bastarache J. for the majority.

78 This Court has indicated in its s. 7 decisions that the administration of justice does not refer exclusively to processes operating in the criminal law, as Lamer C.J. observed in *G. (J.)*, *supra*. Rather, our decisions recognize that the administration of justice can be implicated in a variety of circumstances: see *Blencoe*, *supra* (human rights process); *B. (R.)*, *supra* (parental rights in relation to state-imposed medical treatment); *G. (J.)*, *supra* (parental rights in the custody process); *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925 (liberty to refuse state-imposed addiction treatment). Bastarache J. argues that s. 7 applies only in an adjudicative context. With respect, I believe that this conclusion may be premature. An adjudicative context might be sufficient, but we have not yet determined that one is necessary in order for s. 7 to be implicated.

79 In my view, it is both unnecessary and undesirable to attempt to state an exhaustive definition of the administration of justice at this stage, delimiting all circumstances in which the administration of justice might conceivably be implicated. The meaning of the administration of justice, and more broadly the meaning of s. 7, should be allowed to develop incrementally, as heretofore unforeseen issues arise for consideration. The issue here is not whether the administration of justice is implicated — plainly it

(Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1173-1174, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), s'exprimant en son propre nom; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 21-23, le juge en chef Lamer, s'exprimant de nouveau en son propre nom; ainsi que *G. (J.)*, précité, le juge Lamer s'exprimant alors au nom de la majorité. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, le juge Bastarache, s'exprimant pour la majorité.

Dans ses décisions concernant l'art. 7, notre Cour a indiqué que l'administration de la justice ne s'entend pas exclusivement des procédures criminelles, comme l'a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité. Au contraire, notre jurisprudence reconnaît que tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice : voir *Blencoe*, précité (procédures en matière de droits de la personne); *B. (R.)*, précité (droits des parents relativement à un traitement médical imposé par l'État); *G. (J.)*, précité (droits des parents dans le cadre de procédures judiciaires en matière de garde d'enfant); *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 (liberté de refuser des traitements contre une dépendance imposés par l'État). Le juge Bastarache affirme que l'art. 7 s'applique exclusivement dans un contexte juridictionnel. En toute déférence, je crois que cette conclusion est peut-être prématurée. La présence d'un contexte juridictionnel pourrait suffire, mais il n'a pas encore été jugé qu'un tel contexte est nécessaire pour que l'art. 7 entre en jeu.

À mon avis, il serait à la fois inutile et peu souhaitable de tenter, à ce moment-ci, de formuler une définition exhaustive de la notion d'administration de la justice, qui cernerait toutes les situations où l'administration de la justice pourrait en théorie entrer en jeu. Il convient de laisser le sens de la notion d'administration de la justice — et de façon plus générale la portée de l'art. 7 — évoluer graduellement, au fur et à mesure que des questions jusqu'ici imprévues seront soumises aux tribunaux.

is not — but whether the Court ought to apply s. 7 despite this fact.

En l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'administration de la justice est en jeu — de toute évidence elle ne l'est pas —, mais si, malgré ce fait, la Cour doit appliquer l'art. 7.

Can s. 7 apply to protect rights or interests wholly unconnected to the administration of justice? The question remains unanswered. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 56, Dickson C.J., for himself and Lamer J. entertained (without deciding on) the possibility that the right to security of the person extends "to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy". Similarly, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1003, Dickson C.J., for the majority, left open the question of whether s. 7 could operate to protect "economic rights fundamental to human . . . survival". Some cases, while on their facts involving the administration of justice, have described the rights protected by s. 7 without explicitly linking them to the administration of justice: *B.(R.)*, *supra*; *G. (D.F.)*, *supra*.

80 L'article 7 peut-il être invoqué pour protéger des droits ou intérêts n'ayant aucun rapport avec l'administration de la justice? Cette question n'a encore jamais été résolue. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 56, le juge en chef Dickson, s'exprimant en son nom et en celui du juge Lamer, a évoqué (sans toutefois trancher la question) la possibilité que le droit à la sécurité de la personne aille plus loin et « protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ». De même, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 1004, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, n'a pas répondu à la question de savoir si l'art. 7 pouvait être invoqué pour protéger les « droits économiques, fondamentaux à la [. . .] survie [de la personne] ». Dans certaines causes, même si les faits concernaient l'administration de la justice, la Cour a décrit les droits protégés par l'art. 7 sans les rattacher explicitement à l'administration de la justice : *B. (R.)* et *G. (D.F.)*, précités.

Even if s. 7 could be read to encompass economic rights, a further hurdle emerges. Section 7 speaks of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. Nothing in the jurisprudence thus far suggests that s. 7 places a positive obligation on the state to ensure that each person enjoys life, liberty or security of the person. Rather, s. 7 has been interpreted as restricting the state's ability to deprive people of these. Such a deprivation does not exist in the case at bar.

81 Même s'il était possible d'interpréter l'art. 7 comme englobant les droits économiques, un autre obstacle surgirait. L'article 7 précise qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose à l'État une obligation positive de garantir à chacun la vie, la liberté et la sécurité de sa personne. Au contraire, on a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte à ces droits. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce.

One day s. 7 may be interpreted to include positive obligations. To evoke Lord Sankey's celebrated phrase in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136, the *Canadian Charter* must be viewed as "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits": see *Reference re Provincial Electoral*

82 Il est possible qu'on juge un jour que l'art. 7 a pour effet de créer des obligations positives. Paraphrasant les paroles célèbres prononcées par lord Sankey dans *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, on peut affirmer que la *Charte canadienne* est [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à

Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180, *per* McLachlin J. It would be a mistake to regard s. 7 as frozen, or its content as having been exhaustively defined in previous cases. In this connection, LeBel J.'s words in *Blencoe*, *supra*, at para. 188 are apposite:

> We must remember though that s. 7 expresses some of the basic values of the *Charter*. It is certainly true that we must avoid collapsing the contents of the *Charter* and perhaps of Canadian law into a flexible and complex provision like s. 7. But its importance is such for the definition of substantive and procedural guarantees in Canadian law that it would be dangerous to freeze the development of this part of the law. The full impact of s. 7 will remain difficult to foresee and assess for a long while yet. Our Court should be alive to the need to safeguard a degree of flexibility in the interpretation and evolution of s. 7 of the *Charter*.

The question therefore is not whether s. 7 has ever been — or will ever be — recognized as creating positive rights. Rather, the question is whether the present circumstances warrant a novel application of s. 7 as the basis for a positive state obligation to guarantee adequate living standards.

83 I conclude that they do not. With due respect for the views of my colleague Arbour J., I do not believe that there is sufficient evidence in this case to support the proposed interpretation of s. 7. I leave open the possibility that a positive obligation to sustain life, liberty, or security of the person may be made out in special circumstances. However, this is not such a case. The impugned program contained compensatory "workfare" provisions and the evidence of actual hardship is wanting. The frail platform provided by the facts of this case cannot support the weight of a positive state obligation of citizen support.

84 In view of my conclusions under s. 15(1) and s. 7 of the *Canadian Charter*, the issue of justification

l'intérieur de ses limites naturelles » : voir *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180, le juge McLachlin. Ce serait faire erreur que de considérer que le sens de l'art. 7 est figé ou que son contenu a été défini de façon exhaustive dans les arrêts antérieurs. À cet égard, il semble à propos de citer les motifs du juge LeBel dans *Blencoe*, précité, par. 188 :

> Nous devons toutefois nous rappeler que l'art. 7 énonce certaines valeurs fondamentales de la *Charte*. Il est sûrement vrai qu'il nous faut éviter de ramener la *Charte*, voire le droit canadien, à une disposition souple et complexe comme l'art. 7. Toutefois, son importance est telle pour la définition des garanties de fond et de procédure en droit canadien qu'il serait périlleux de bloquer l'évolution de cette partie du droit. Il restera difficile pendant encore assez longtemps de prévoir et d'évaluer toutes les répercussions de l'art. 7. Notre Cour devrait être consciente de la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte* et dans l'évolution de son application.

La question n'est donc pas de savoir si l'on a déjà reconnu — ou si on reconnaîtra un jour — que l'art. 7 crée des droits positifs. Il s'agit plutôt de savoir si les circonstances de la présente affaire justifient une application nouvelle de l'art. 7, selon laquelle il imposerait à l'État l'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat.

J'estime que les circonstances ne justifient pas pareille conclusion. Avec égards pour l'opinion de ma collègue le juge Arbour, je n'estime pas que la preuve est suffisante en l'espèce pour étayer l'interprétation de l'art. 7 qu'elle propose. Je n'écarte pas la possibilité qu'on établisse, dans certaines circonstances particulières, l'existence d'une obligation positive de pourvoir au maintien de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le régime contesté comportait des dispositions prévoyant du « travail obligatoire » compensatoire et la preuve n'a pas établi l'existence d'un véritable fardeau. Le cadre factuel très ténu en l'espèce ne saurait étayer l'imposition à l'État d'une lourde obligation positive d'assurer la subsistance des citoyens.

Compte tenu de mes conclusions relatives au par. 15(1) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la

under s. 1 does not arise. Nor does the issue of *Canadian Charter* remedies arise.

C. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 45 of the Quebec Charter?*

Section 45 of the *Quebec Charter* provides that every person in need has a right to "measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living".

Ms. Gosselin argues that s. 45 creates a right to an acceptable standard of living and that Quebec's social assistance scheme breached that right. On this issue, she substantially echoes the position of Robert J.A., dissenting, in the Quebec Court of Appeal. She further argues that a remedy for this alleged breach ought to be available under s. 49 of the *Quebec Charter*, a proposition that Robert J.A. rejected.

There can be no doubt that s. 45 purports to create a right. However, determining the scope and content of that right presents something of a challenge, as s. 45 is ambiguous, admitting of two possible interpretations. According to the first interpretation, by providing a right to "measures provided for by law, susceptible of ensuring . . . an acceptable standard of living", s. 45 requires courts to review social assistance measures adopted by the legislature to determine whether or not they succeed in ensuring an acceptable standard of living. This is the approach urged upon us by the appellant.

A second interpretation reads s. 45 as creating a far more limited right. On this view, s. 45 requires the government to provide social assistance measures, but it places the adequacy of the particular measures adopted beyond the reach of judicial review. The phrase "susceptible of ensuring . . . an acceptable standard of living" serves to identify the measures that are the subject matter of the entitlement, i.e. to specify the kind of measures the state is obliged to provide, but it cannot ground a review of their adequacy. In my view, several considerations militate in favour of this second interpretation, as I indicate below.

question de la justification au regard de l'article premier ne se pose pas, ni d'ailleurs celle des réparations fondées sur la *Charte canadienne*.

C. *Le régime d'aide sociale viole-t-il l'art. 45 de la Charte québécoise?*

85 L'article 45 de la *Charte québécoise* dispose que toute personne dans le besoin a droit « à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ».

86 Madame Gosselin affirme que l'art. 45 crée le droit à un niveau de vie décent et que le régime d'aide sociale du Québec a porté atteinte à ce droit. Sur cette question, elle reprend essentiellement la position dissidente du juge Robert de la Cour d'appel du Québec. Elle avance également que cette prétendue atteinte donne ouverture à une réparation prévue par l'art. 49 de la *Charte québécoise*, argument qu'a rejeté le juge Robert.

87 Il ne fait aucun doute que l'art. 45 est censé créer un droit. Toutefois, la détermination du contenu et de l'étendue de ce droit présente certaines difficultés, puisque l'art. 45 est ambigu et admet deux interprétations. Suivant la première, en créant le droit à des « mesures [. . .] prévues par la loi, susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent », l'art. 45 obligerait les tribunaux à examiner les mesures d'aide sociale adoptées par le législateur pour déterminer si elles assurent ou non un niveau de vie décent. C'est la démarche que prône l'appelante.

88 Suivant la deuxième interprétation, l'art. 45 crée un droit beaucoup plus limité. Il oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, mais soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. L'expression « susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent » sert à identifier les mesures qui constituent l'objet du droit, c'est-à-dire qu'elle précise le type de mesures que l'État est tenu d'offrir, mais elle ne peut être invoquée pour fonder l'examen du caractère adéquat de telles mesures. À mon avis, comme je l'indique ci-après, plusieurs facteurs militent en faveur de la deuxième interprétation.

89 Attention to the other provisions of Chapter IV of the *Quebec Charter*, entitled "Economic and Social Rights", helps to put s. 45 in context, and sheds considerable light on the interpretive issue. Some of the provisions in Chapter IV deal with rights as between individuals, and do not directly implicate the state at all. For example, s. 39 provides that "[e]very child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are capable of providing". However, most of Chapter IV's provisions do implicate the state, including s. 45. Of these provisions implicating the state, all but two deal with "positive rights". That is, the rights described correspond to obligations for the state to do, or to provide, something. These include s. 40 (right to free public education); s. 41 (right to religious or moral education); and s. 44 (right to information).

90 Most of the provisions creating positive rights contain limiting language sharply curtailing the scope of the right. For example, the right to free public education provided at s. 40 is stated in the following terms: "[e]very person has a right, to the extent and according to the standards provided for by law, to free public education" (emphasis added). It would be misleading to characterize that right as creating a free-standing entitlement to free public education, in light of this limitation. Rather, the language of the provision suggests that the particulars of the regime enacted by the legislature in order to provide free education are beyond judicial review of their sufficiency.

91 This same structure applies to other key provisions in Chapter IV. For example:

41. Parents or the persons acting in their stead have a right to require that, in the public educational establishments, their children receive a religious or moral education in conformity with their convictions, within the framework of the curricula provided for by law.

42. Parents or the persons acting in their stead have a right to choose private educational establishments for their children, provided such establishments comply

L'examen des autres dispositions du chapitre IV de la *Charte québécoise*, intitulé « Droits économiques et sociaux », aide à bien cerner le contexte de l'art. 45 et jette un éclairage considérable sur son interprétation. Certaines dispositions du chapitre IV portent sur les droits des personnes physiques entre elles et ne visent directement l'État d'aucune façon. Par exemple, l'art. 39 précise que « [t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». Cependant, la plupart des dispositions du chapitre IV, y compris l'art. 45, appellent l'intervention de l'État. De ces dispositions, toutes sauf deux visent des « droits positifs », c'est-à-dire des droits correspondant à une obligation pour l'État de faire ou d'offrir quelque chose. C'est le cas, notamment, de l'art. 40 (droit à l'instruction publique gratuite), de l'art. 41 (droit à l'enseignement religieux ou moral) et de l'art. 44 (droit à l'information).

La plupart des dispositions créant des droits positifs renferment des termes limitatifs, qui restreignent nettement la portée des droits en question. Par exemple, le droit à l'instruction publique visé à l'art. 40 est formulé ainsi : « [t]oute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite » (je souligne). Compte tenu de cette restriction, il serait erroné d'affirmer que ce droit crée un droit indépendant à l'instruction publique gratuite. Au contraire, le libellé de cette disposition donne à penser que les modalités du régime établi par le législateur pour assurer l'instruction gratuite ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire quant à savoir si elles sont adéquates.

D'autres dispositions clés du chapitre IV sont structurées de manière analogue. Par exemple :

41. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi.

42. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements

with the standards prescribed or approved by virtue of the law.

44. Every person has a right to information to the extent provided by law.

46. Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being.

In all these cases, the rights provided are limited in such a way as to put the specific legislative measures or framework adopted by the legislature beyond the reach of judicial review. These provisions require the state to take steps to make the Chapter IV rights effective, but they do not allow for the judicial assessment of the adequacy of those steps. Indeed, the only provision creating a positive right that does not display this feature is s. 48, which states that "[e]very aged person and every handicapped person has a right to protection against any form of exploitation". However, this provision seems distinguishable in that, unlike the other rights discussed above, the right contemplated does not *a priori* require the adoption of a special regime for its fulfilment.

Was s. 45 intended to make the adequacy of a social assistance regime's specific provisions subject to judicial review, unlike the neighbouring provisions canvassed above? Had the legislature intended such an exceptional result, it seems to me that it would have given effect to this intention unequivocally, using precise language. There are examples of legal documents purporting to do just that. For example, Article 11(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, recognizes "the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions". Article 22 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), provides that "[e]veryone, as a member of society, has the right to social security" and is "entitled to realization . . . of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality". Article 25(1) provides that:

se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi.

44. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

92 Dans tous ces cas, les droits prévus sont limités de façon à soustraire au contrôle judiciaire les mesures ou le cadre législatifs précis adoptés par le législateur. Ces dispositions obligent l'État à prendre des mesures pour donner effet aux droits visés par le chapitre IV, mais elles ne permettent pas le contrôle judiciaire de ces mesures. De fait, l'art. 48 est la seule disposition qui crée un droit positif ne comportant pas cet élément : « [t]oute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ». Cependant, cette disposition semble pouvoir être distinguée des autres en ce que le droit envisagé, contrairement aux autres droits examinés, ne requiert pas a priori l'adoption d'un régime spécial en vue d'assurer son application.

93 L'article 45 était-il censé assujettir les modalités particulières d'un régime d'aide sociale au pouvoir des tribunaux d'en contrôler le caractère adéquat, contrairement aux dispositions voisines examinées précédemment? Si le législateur avait voulu un résultat aussi exceptionnel, il me semble qu'il aurait donné effet à cette intention de façon non équivoque, au moyen de termes précis. Il existe des documents juridiques tendant précisément à ce résultat. Par exemple, le par. 11(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, reconnaît « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». L'article 22 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), précise que : « [t]oute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale » et « est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Le paragraphe 25(1) prévoit :

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

In contrast to these provisions, which unambiguously and directly define the rights to which individuals are entitled (even though they may not be actionable), s. 45 of the *Quebec Charter* is highly equivocal. Indeed, s. 45 features two layers of equivocation. Rather than speaking of a right to an acceptable standard of living, s. 45 refers to a right to measures. Moreover, the right is not to measures that ensure an acceptable standard of living, but to measures that are susceptible of ensuring an acceptable standard of living. In my view, the choice of the term "susceptible" underscores the idea that the measures adopted must be oriented toward the goal of ensuring an acceptable standard of living, but are not required to achieve success. In other words, s. 45 requires only that the government be able to point to measures of the appropriate kind, without having to defend the wisdom of its enactments. This interpretation is also consistent with the respective institutional competence of courts and legislatures when it comes to enacting and fine-tuning basic social policy.

Contrairement à ces dispositions, qui définissent directement et de manière non équivoque le droit qui est reconnu aux individus (bien qu'il ne donne peut-être pas ouverture à un recours judiciaire), l'art. 45 de la *Charte québécoise* est très ambigu. En effet, l'art. 45 comporte deux niveaux d'ambiguïté. Plutôt que de parler du droit à un niveau de vie décent, l'art. 45 parle du droit à des mesures. En outre, il ne s'agit pas du droit à des mesures assurant un niveau de vie décent, mais de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent. À mon avis, le choix du terme « susceptibles » fait ressortir l'idée que les mesures adoptées doivent tendre à assurer un niveau de vie décent, mais n'ont pas à y parvenir. En d'autres mots, l'art. 45 exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures du type approprié, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures. Cette interprétation est aussi compatible avec la compétence institutionnelle respective des tribunaux et des législatures en ce qui concerne l'établissement de politiques sociales fondamentales et leur ajustement dans les moindres détails.

94 For these reasons, I am unable to accept the view that s. 45 invites courts to review the adequacy of Quebec's social assistance regime. The *Social Aid Act* provides the kind of "measures provided for by law" that satisfy s. 45. I conclude that there was no breach of s. 45 of the *Quebec Charter* in this case.

Pour ces motifs, je ne puis souscrire à l'opinion que l'art. 45 invite les tribunaux à contrôler le caractère adéquat du régime d'aide sociale du Québec. La *Loi sur l'aide sociale* comporte le type de « mesures [. . .] prévues par la loi » que vise l'art. 45. Je conclus en l'espèce à l'absence de violation de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

95 Notwithstanding my conclusion that there is no breach of s. 45, I wish to make a brief comment on the issue of remedies. I agree with much that my colleague Bastarache J. says on the question of remedies. In particular, I agree that a breach of s. 45 cannot give rise to a declaration of invalidity, since such a remedy is available only under s. 52 of the *Quebec Charter*, which applies exclusively to s. 1 to

Malgré cette conclusion de conformité avec l'art. 45, je tiens à commenter brièvement la question des réparations. Je souscris en grande partie aux propos de mon collègue le juge Bastarache sur cette question. Tout particulièrement, je reconnais que la violation de l'art. 45 ne peut donner lieu à une déclaration d'invalidité, puisqu'une telle réparation ne peut être obtenue qu'en vertu de l'art. 52 de la

s. 38. I further agree that s. 49 finds no application to a case such as this. However, I must respectfully disagree with Bastarache J. that it follows from the foregoing considerations that determining whether s. 45 has been breached is superfluous.

While it is true that courts lack the power to strike down laws that are inconsistent with the social and economic rights provided in Chapter IV of the *Quebec Charter*, it does not follow from this that courts are excused from considering claims based upon these rights. Individuals claiming their rights have been violated under the *Charter* are entitled to have those claims adjudicated, in appropriate cases. The *Quebec Charter* is a legal document, purporting to create social and economic rights. These may be symbolic, in that they cannot ground the invalidation of other laws or an action in damages. But there is a remedy for breaches of the social and economic rights set out in Chapter IV of the *Quebec Charter*: where these rights are violated, a court of competent jurisdiction can declare that this is so.

V. Conclusion

I would dismiss the appeal. I conclude that Quebec's social assistance scheme, as it stood from 1987 to 1989, did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter*, or s. 45 of the *Quebec Charter*. Accordingly, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

No.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Charte québécoise, qui s'applique exclusivement aux art. 1 à 38. Je reconnais également que l'art. 49 ne s'applique pas en l'espèce. Cependant, je ne peux, en toute déférence, me rallier au point de vue du juge Bastarache selon lequel il serait superflu, en raison des facteurs qui précèdent, de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 45.

96 Bien que les tribunaux n'aient pas le pouvoir d'invalider des lois qui sont incompatibles avec les droits sociaux et économiques prévus au chapitre IV de la *Charte québécoise*, il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont de ce fait dispensés de connaître des demandes fondées sur ces droits. La personne qui prétend avoir été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte québécoise* a le droit de s'adresser aux tribunaux dans les cas opportuns. La *Charte québécoise* est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts. Cependant, il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques énoncés au chapitre IV de la *Charte québécoise*. En cas de violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation.

V. Conclusion

97 Je rejetterais le pourvoi. J'estime que le régime d'aide sociale du Québec en vigueur de 1987 à 1989 ne contrevenait ni à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne*, ni à l'art. 45 de la *Charte québécoise*. En conséquence, voici comment je répondrais aux questions constitutionnelles :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

In view of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In view of the answer to Question 3, it is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

98 This appeal raises the question of the constitutionality of s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1 (since repealed). In my opinion, s. 29(*a*) does violate ss. 15 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*") without justification, as well as s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"). Accordingly, I would allow the appeal.

99 In reaching these conclusions, I agree with my colleagues Bastarache and LeBel JJ., in the result, as to the violation of s. 15, and with my colleague Arbour J.'s reasons as to the violation of s. 7 of the *Charter*. As to s. 45 of the *Quebec Charter*, I am basically in agreement with the dissenting opinion of Robert J.A. (now Chief Justice) of the Quebec Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 1033), and therefore disagree with the opinion of LeBel J. on this issue.

Compte tenu de la réponse à la question 1, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Compte tenu de la réponse à la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1 (abrogé depuis). À mon avis, l'al. 29*a*) contrevient sans justification aux art. 15 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») ainsi qu'à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). En conséquence, j'accueillerais le pourvoi.

En tirant ces conclusions, je souscris aux motifs de mes collègues les juges Bastarache et LeBel quant au résultat concernant la violation de l'art. 15, ainsi qu'aux motifs de ma collègue le juge Arbour pour ce qui est de la violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. En ce qui concerne l'art. 45 de la *Charte québécoise*, je suis fondamentalement d'accord avec le juge Robert, dissident, de la Cour d'appel du Québec (maintenant Juge en chef) ([1999] R.J.Q. 1033), et ne souscris donc pas à l'opinion du juge LeBel sur cette question.

Since I have some reservations and comments on each of the above analyses I set out the following remarks.

II. Analysis

A. *Section 15*

The present facts provide this Court with an opportunity to revisit the fundamental objectives of, and reaffirm its commitment to, the *Canadian Charter*'s equality guarantee.

The purpose of a s. 15 inquiry is to determine whether the claimant has received substantive equality or equal benefit before and under the law. Equality is denied when the claimant suffers the pernicious effects of a distinction drawn on the basis of an irrelevant characteristic. Such a distinction may be drawn on an enumerated or analogous ground and appear on the face of the law. Alternatively, the distinction may be facially neutral and the negative effects may uniquely be visited upon individuals who possess a personal characteristic that corresponds to the enumerated or analogous grounds. In either case, discrimination is the result.

The *Canadian Charter*'s structure dictates that even a finding that the claimant has been denied substantive equality is not the final step of the inquiry; it is possible for the infringement of s. 15 to be justified under s. 1. It is important to remember that the s. 15 inquiry precedes, and must always be kept distinct from, the s. 1 analysis. The evaluation of a s. 15 claim must always remain focussed on the particular claimant and his or her experience of the law.

The above comments should be uncontroversial, grounded as they are in this Court's equality jurisprudence. Yet it appears necessary to recall what the purposes of s. 15 are, and what they are not. Presumptively excluding from s. 15's protection groups which clearly fall within an enumerated category does not serve the purposes of the equality guarantee. Abstract discussion about the nature of

Puisque j'ai certaines réserves et commentaires à l'égard de chacune des analyses susmentionnées, je tiens à formuler les remarques qui suivent. 100

II. Analyse

A. *L'article 15*

Les faits à l'origine de ce pourvoi offrent à la Cour l'occasion de réexaminer les objectifs fondamentaux de la garantie d'égalité prévue à la *Charte canadienne* et de réaffirmer son attachement à cette garantie. 101

Le but de l'examen que requiert l'art. 15 est de déterminer si le droit de la partie demanderesse à l'égalité réelle devant la loi et au même bénéfice de la loi a été respecté. Il y a atteinte à l'égalité lorsque cette partie subit les effets pernicieux d'une distinction fondée sur une caractéristique non pertinente. Une telle distinction peut être fondée sur un motif énuméré ou analogue et ressortir du texte même de la législation. Mais elle peut aussi, sous une neutralité apparente, produire des effets négatifs uniquement sur les personnes qui possèdent un attribut personnel correspondant aux motifs énumérés ou analogues. Dans les deux cas, il y a discrimination. 102

Compte tenu de l'économie générale de la *Charte canadienne*, même la conclusion que la partie demanderesse a été privée d'une égalité réelle ne constitue pas l'étape finale de l'analyse; l'atteinte à l'art. 15 peut être justifiée au regard de l'article premier. Il importe de rappeler que l'analyse fondée sur l'art. 15 précède et doit demeurer distincte de l'analyse effectuée sous le régime de l'article premier. L'examen d'une demande fondée sur l'art. 15 doit toujours être centré sur la partie demanderesse en l'instance et sur la façon dont une législation l'affecte. 103

Les commentaires qui précèdent devraient faire l'unanimité, car ils s'appuient sur la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité. Il semble néanmoins nécessaire de rappeler quels sont les objets que vise l'art. 15 et quels sont ceux qu'il ne vise pas. Exclure a priori de la protection de l'art. 15 des groupes qui appartiennent clairement à une catégorie énumérée ne sert pas les fins de la garantie d'égalité. Un 104

particular grounds does not serve the purposes of s. 15. Blurring the division between the rights provisions and s. 1 of the *Canadian Charter*, by incorporating the perspective of the legislature in a s. 15 analysis, is at odds with this Court's approach to equality and surely does not serve the purposes of s. 15.

105 A majority of this Court has held that the objective of s. 15 is to affirm the dignity of individuals and groups by protecting them from unfair governmental action, which differentiates on the basis of characteristics that can be changed, if at all, only at great personal cost: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13. The characteristics which fall within the scope of s. 15's protective ambit have been expressly enumerated by the legislature, or found to be analogous grounds by the judiciary: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

106 This Court has previously been divided over the question of whether certain characteristics should be recognized as analogous grounds. See, e.g., *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, on the question of whether marital status constitutes an analogous ground. In the present case, we are in the unusual circumstance of disagreeing about whether to respect s. 15's express wording. Those who would "typically" exclude youth from protection under the ground of age ignore both the plain language of the *Canadian Charter*, and the method that this Court has adopted for s. 15 inquiries.

107 Under the *Law* test, the presence of a distinction made on the basis of an analogous ground is essentially a threshold question that leads to the heart of the inquiry, the question of whether the distinction infringes human dignity and contradicts the purposes of s. 15. It would appear that some are reluctant to accept that an explicit legislative distinction

discours abstrait sur la nature de certains motifs particuliers ne sert pas non plus les fins de l'art. 15. Affaiblir le cloisonnement entre les dispositions constitutives de droits et l'article premier de la *Charte canadienne*, par une prise en considération du point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15, va à l'encontre de l'approche que la Cour a adoptée en matière d'égalité et ne sert certainement pas les objectifs de l'art. 15.

La Cour a statué à la majorité que l'art. 15 a pour objectif de renforcer la dignité des personnes et des groupes, en les protégeant contre une intervention gouvernementale injuste qui établit une distinction fondée sur des caractéristiques modifiables seulement à un prix considérable, si tant est qu'elles puissent être modifiées : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13. Les caractéristiques visées par la protection que garantit l'art. 15 ont été énumérées expressément par le législateur ou reconnues par les tribunaux comme des motifs analogues : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

La Cour a déjà exprimé des avis partagés quant à savoir si certaines caractéristiques devraient être reconnues comme des motifs analogues. Voir par exemple l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, sur la question de savoir si l'état matrimonial constitue un motif analogue. En l'espèce, nous nous trouvons dans la situation inhabituelle où nous divergeons de vues sur l'application du texte même de l'art. 15. Ceux qui excluraient « habituellement » les jeunes de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge écartent à la fois le libellé clair de la *Charte canadienne* et la méthode déjà retenue par la Cour pour procéder à une analyse fondée sur l'art. 15.

Selon le test formulé dans l'arrêt *Law*, l'existence d'une distinction fondée sur un motif analogue est essentiellement un test préliminaire qui nous amène au cœur de l'analyse, à savoir si la distinction porte atteinte à la dignité humaine et va à l'encontre des objectifs de l'art. 15. Il semble que certains hésitent à admettre qu'une distinction législative établie

drawn on the basis of an enumerated ground satisfies the threshold requirement that permits courts to proceed to a detailed contextual analysis under the third stage of the *Law* inquiry.

Age is an enumerated ground. This Court has concluded that once recognized, an analogous ground remains a permanent marker of suspect distinction in all contexts: *Corbiere*, *supra*. It would seem to follow that grounds explicitly enumerated in s. 15 were similarly permanent markers. Admittedly, the Constitution ousts the protection afforded by this ground in specific contexts. See *Constitution Act, 1867*, ss. 23, 29 and 99, and the discussion in P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 52-47. However, the *Canadian Charter* could have contained a general provision which excluded those below a certain age threshold from protection against discrimination, as provincial human rights codes have done. See, e.g., Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 10(1) "age". The *Canadian Charter* contains no such provision.

Any attempt to read the limited range of provincial human rights codes' age protections into s. 15 must fail. Provincial human rights codes in the employment context expressly exclude those 65 and over from protection on the grounds of age: Ontario *Human Rights Code*, ss. 5(1) and 10(1) "age". This Court has declined to follow this example in its s. 15 jurisprudence. It has held that those the age of 65 and over fall within the scope of s. 15's protection, although government action that discriminates on this basis may be saved under s. 1: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. This Court's jurisprudence on age discrimination has respected the express wording of s. 15, even in the face of contrary tendencies in quasi-constitutional statutes.

explicitement sur le fondement d'un motif énuméré satisfait au critère préliminaire qui permet aux tribunaux de procéder à une analyse contextuelle détaillée à la troisième étape de l'examen décrit dans *Law*.

L'âge est un motif énuméré. La Cour a conclu, par ailleurs, qu'un motif analogue, une fois reconnu, constitue un indicateur permanent de l'existence d'une distinction suspecte dans tous les contextes : *Corbiere*, précité. Il devrait s'ensuivre que les motifs énumérés explicitement à l'art. 15 constituent également des indicateurs permanents. Il faut reconnaître que, dans des contextes précis, la Constitution écarte la protection offerte à l'égard de ce motif. Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 23, 29 et 99, et l'analyse de P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-47. Toutefois, la *Charte canadienne* aurait pu comprendre une disposition générale excluant de la protection contre la discrimination les personnes n'ayant pas atteint un certain âge minimal, comme l'ont fait des codes provinciaux sur les droits de la personne. Voir par exemple, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, par. 10(1) « âge ». La *Charte canadienne* ne renferme pas de telle disposition. 108

Toute tentative de tenir pour incluses implicitement dans l'art. 15 les limites à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge établies dans les codes provinciaux sur les droits de la personne doit être rejetée. Dans le contexte de l'emploi, les codes provinciaux excluent explicitement les personnes de 65 ans ou plus de la protection liée à l'âge : *Code des droits de la personne* de l'Ontario, par. 5(1) et 10(1) « âge ». La Cour a refusé de suivre cet exemple dans sa jurisprudence relative à l'art. 15. En effet, la Cour a statué que les personnes de 65 ans ou plus bénéficiaient de la protection de l'art. 15, bien que l'action gouvernementale discriminatoire sur ce fondement puisse se justifier sous le régime de l'article premier : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, 109

I see no principled reason to depart from this history of fidelity to the *Canadian Charter*'s text and aspirations.

110 Moreover, any attempt to presumptively exclude youth from s. 15 protection, for the reason that age is a unique ground, misplaces the focus of a s. 15 inquiry. The proper focus of analysis is on the effects of discrimination, and not on the categorizing of grounds. In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 48 and 53, I wrote:

> We must remember that the grounds in s. 15, enumerated and analogous, are instruments for finding discrimination. They are a means to an end. By focussing almost entirely on the nature, content and context of the disputed ground, however, we have begun to approach it as an end, in and of itself. . . .
>
> We will never address the problem of discrimination completely, or ferret it out in all its forms, if we continue to focus on abstract categories and generalizations rather than on specific effects. [Emphasis deleted.]

111 I recently restated this position in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, at para. 166. I remain convinced that a discrimination claim should be evaluated primarily in terms of an impugned distinction's effects, as they would have been experienced by a reasonable person in the claimant's position. The point of departure should not lie in abstract generalizations about the nature of grounds.

112 Since courts engaged in a s. 15 analysis should focus on the effects of an impugned distinction, they should also refrain from relying on the viewpoint of the legislature. At the s. 15 stage, courts should not be concerned with whether the legislature was well-intentioned. This Court has long recognized that an intention to discriminate is not a necessary condition for a finding of discrimination: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] [1991] 2 R.C.S. 22. Dans ses arrêts sur la discrimination fondée sur l'âge, la Cour a respecté le texte de l'art. 15, même en présence de tendances contraires dans des lois quasi constitutionnelles. Je ne vois aucune raison de principe de nous écarter de la fidélité au texte et aux aspirations de la *Charte canadienne* dont la Cour a historiquement fait preuve.

Par ailleurs, toute tentative d'exclure a priori les jeunes de la protection de l'art. 15 parce que l'âge est un motif particulier déplace le véritable focus sur lequel doit porter l'analyse de l'art. 15. L'accent doit être mis sur les effets de la discrimination et non sur le classement des motifs dans une catégorie. Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 48 et 53, j'ai écrit :

> Nous devons nous rappeler que les motifs énumérés à l'art. 15 et ceux qui y sont analogues sont des instruments à l'aide desquels on peut conclure à la discrimination. Ils sont un moyen d'atteindre une fin. Or, en nous limitant presque exclusivement à la nature, au contenu et au contexte du motif contesté, nous l'avons traité comme une fin en soi . . .
>
> Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. [Soulignement supprimé.]

J'ai récemment reformulé cette position dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par. 166. Je demeure convaincue que l'examen d'une allégation de discrimination doit porter fondamentalement sur les effets de la distinction alléguée, tels que vécus par une personne raisonnable placée dans la situation de la partie demanderesse. Le point de départ ne doit pas se situer dans des généralisations abstraites sur la nature des motifs.

Puisque les tribunaux, dans leur analyse sous l'art. 15, doivent centrer leur attention sur les effets d'une distinction alléguée, ils doivent également s'abstenir de prendre appui sur l'intention du législateur. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 15, les tribunaux ne doivent pas se préoccuper de savoir si le législateur était bien intentionné. La Cour a depuis longtemps établi qu'une intention de discriminer n'est pas nécessaire pour

2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; and *Andrews*, *supra*, at pp. 173-74. By necessary implication, the fact that a legislature intends to assist the group or individual adversely affected by the impugned distinction also does not preclude a court from finding discrimination. Nor is it determinative, where a distinction produces prejudicial effects, that a legislature intends to provide an incentive for the affected individuals to alter their conduct or to change themselves in ways that the legislature believes would ultimately be beneficial for them: *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at paras. 5, *per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé J., dissenting, and 51, *per* Bastarache J.

conclure à la discrimination : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; et *Andrews*, précité, p. 173-174. Il s'ensuit nécessairement que le fait qu'un législateur ait l'intention d'aider le groupe ou la personne sur lesquels la distinction alléguée a un effet préjudiciable n'empêche pas non plus un tribunal de conclure à la discrimination. Lorsqu'une distinction entraîne des effets préjudiciables, il n'est pas non plus déterminant qu'un législateur ait, selon lui, eu l'intention d'inciter les personnes touchées par cette législation à changer leur comportement de façon à ce qu'elles en bénéficient en bout de ligne : *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 5, le juge en chef McLachlin et le juge L'Heureux-Dubé, dissidentes, et par. 51, le juge Bastarache.

Of course, benign legislative intent may aid in saving a discriminatory distinction at s. 1, but that is a separate inquiry. In the earliest moments of its *Canadian Charter* jurisprudence, this Court insisted that the analysis of the right at issue should be kept separate from the inquiry into an impugned distinction's justification: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews*, *supra*, at p. 182. As we enter the third decade of the *Canadian Charter*'s existence, I see no reason to depart from this fundamental division. Moreover, I am unable to imagine how a departure could result in anything but a weakening of the equality guarantee.

113 Certes, le fait que le législateur ait eu une intention inoffensive peut contribuer à valider une distinction discriminatoire par application de l'article premier, mais il s'agit là d'une étape distincte. Dans les tout premiers arrêts relatifs à la *Charte canadienne*, la Cour a insisté sur le fait que l'analyse de la législation en cause doit demeurer distincte de l'examen portant sur la justification de la distinction alléguée : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews*, précité, p. 182. À l'aube de la troisième décennie de l'existence de la *Charte canadienne*, je ne vois aucun motif de déroger à ce cloisonnement fondamental. Qui plus est, je ne peux voir comment une telle dérogation pourrait produire un résultat autre que l'affaiblissement de la garantie d'égalité.

The *Law* Test

This Court has repeatedly affirmed the importance of protecting individuals and groups from the negative effects of discrimination, as these are defined from the perspective of the reasonable person in the claimant's position. The *Law* test is one such affirmation. I turn now to the question of how that test should be interpreted to ensure that

Le test de l'arrêt *Law*

114 La Cour a affirmé à maintes reprises l'importance de protéger les personnes et les groupes contre les effets négatifs de la discrimination, définis du point de vue de la personne raisonnable placée dans la situation de la partie demanderesse. Le test énoncé dans l'arrêt *Law* en est un exemple. J'examinerai maintenant l'interprétation qu'il faut donner à ce

human dignity remains the fundamental reference point for any evaluation of a s. 15 claim.

115 It is undisputed that s. 29(*a*) draws a distinction on an enumerated ground. All that remains under the *Law* test is to determine whether the impugned provision denies human dignity in purpose or effect. I begin by setting out two broad principles which should animate any application of *Law*: (1) discrimination need not involve stereotypes, and (2) the reasonable claimant is the perspective from which to evaluate a s. 15 claim.

(a) *Discrimination Without Stereotypes*

116 In addressing the question of stereotypes, it is worth quoting in full the unanimous Court in *Law*'s consolidation of various interpretive approaches to s. 15 (at para. 51):

> It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristic, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. [Emphasis added.]

This passage presents the application of stereotypical characteristics, and the "effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition" as alternative bases for finding discrimination. The presence of a stereotype is therefore not a necessary condition for a finding of discrimination and support for this

test pour avoir l'assurance que la dignité humaine demeure le point de référence fondamental de toute évaluation d'une demande fondée sur l'art. 15.

Il n'est pas contesté que l'al. 29*a*) établit une distinction fondée sur un motif énuméré. En application du test énoncé dans *Law*, il ne reste qu'à déterminer si la disposition attaquée, dans son objet ou son effet, porte atteinte à la dignité humaine. Je soulignerai d'abord deux grands principes qui devraient guider l'application de l'arrêt *Law* : 1) la discrimination n'implique pas nécessairement des stéréotypes et 2) une demande fondée sur l'art. 15 doit s'apprécier du point de vue d'un demandeur raisonnable.

a) *La discrimination en l'absence de stéréotypes*

Pour trancher la question des stéréotypes, il convient de citer intégralement la décision unanime de la Cour dans *Law*, qui consolide les diverses méthodes d'interprétation de l'art. 15 (au par. 51) :

> On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. [Je souligne.]

Ce passage présente l'application de caractéristiques stéréotypées et le fait de « perpétue[r] ou favorise[r] l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu » comme deux fondements différents pouvant, l'un ou l'autre, étayer une conclusion de discrimination. La présence d'un stéréotype ne constitue donc pas une condition

proposition can be found throughout this Court's equality jurisprudence.

In *Andrews*, McIntyre J. rejected the Court of Appeal's attempt to "define discrimination under s. 15(1) as an unjustifiable or unreasonable distinction" (p. 181), and reasoned that such a definition would undermine the division between s. 15 and s. 1 (p. 182). A distinction that is stereotypical is necessarily unjustifiable or unreasonable. Consequently, the presence of a stereotype is not determinative of a finding of a discrimination.

One may object that McIntyre J.'s assertion only demonstrates that the presence of a stereotype is not sufficient grounds for a finding of discrimination. However, both *Andrews* itself and this Court's subsequent jurisprudence on adverse effect discrimination make clear that the presence of stereotypes is also not a necessary condition for a finding of discrimination.

The distinction drawn in *Andrews* was discriminatory because it was irrelevant and singled out a group that was understood to fall within the ambit of s. 15's concern. McIntyre J. held (at p. 183):

> A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights.

McIntyre J. reached his conclusion without considering the question of stereotypes, and this Court's jurisprudence demonstrates that stereotypes need not be present for a finding of adverse effect discrimination.

A distinction that results in adverse effect discrimination need not, of course, include an intention to discriminate. In this Court's definitive

nécessaire à la conclusion qu'il y a discrimination et toute la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité appuie cet énoncé.

117 Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a rejeté la tentative de la Cour d'appel de « définir la discrimination au sens du par. 15(1) comme une distinction injustifiable ou déraisonnable » (p. 181), et il a affirmé qu'une telle définition affaiblirait le cloisonnement des processus propres à l'art. 15 et à l'article premier (p. 182). Une distinction qui s'appuie sur un stéréotype est nécessairement injustifiable ou déraisonnable. Par conséquent, la présence d'un stéréotype n'est pas déterminante quant à savoir s'il y a discrimination.

118 On pourrait objecter que l'affirmation du juge McIntyre démontre uniquement que la présence d'un stéréotype ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à la discrimination. Cependant, l'arrêt *Andrews* ainsi que la jurisprudence subséquente de la Cour sur la discrimination par suite d'un effet préjudiciable établissent clairement que l'existence de stéréotypes ne constitue pas non plus une condition nécessaire pour conclure à la discrimination.

119 La distinction en cause dans l'affaire *Andrews* était discriminatoire parce qu'elle n'était pas pertinente et visait un groupe censé bénéficier de la protection de l'art. 15. Le juge McIntyre a affirmé, à la p. 183 :

> À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15.

Le juge McIntyre est arrivé à cette conclusion sans examiner la question des stéréotypes, et les arrêts de la Cour démontrent qu'il n'est pas indispensable que des stéréotypes soient en cause pour que l'on puisse conclure à l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

120 Il n'est évidemment pas nécessaire d'établir une intention de discriminer lorsqu'une distinction engendre une discrimination par suite d'un effet

statement on indirect discrimination, McLachlin J. (as she then was) held that adverse effects are "unwitting, accidental" (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 49). A neutral distinction, or one that "unwittingly" yields negative effects, is by definition not premised on a negative stereotype. Such distinctions yield, without justification, disproportionately negative impacts on groups recognized as being within the scope of an equality provision's protection. In *BCGSEU*, McLachlin J. held (at para. 33):

> The standard itself is discriminatory precisely because it treats some individuals differently from others, on the basis of a prohibited ground: see generally *Toronto-Dominion Bank*, *supra*, at paras. 140-41, *per* Roberston J.A. As this Court held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 66, if a rule has a substantively discriminatory effect on a prohibited ground, it should be characterized as such regardless of whether the claimant is a member of a majority or minority group.

In *BCGSEU*, the facially neutral standard was discriminatory because it had the effect of disproportionately excluding women. As in *Andrews*, *supra*, an analysis of stereotypes was simply not necessary for the disposition of the case. Prejudicial effects giving rise to a s. 15 claim may result when a legislature simply fails to turn its mind to the particular needs and abilities of individuals or groups so as to provide equal benefit under the law to all members of society: *BCGSEU*, at para. 33; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

(b) *Dignity Through the Eyes of the Reasonable Claimant*

121 If a stereotype is not a necessary or sufficient condition for a finding of discrimination, there must be other relevant indicators. *Law* listed four contextual factors to which a claimant can refer

préjudiciable. Lorsque la Cour s'est prononcée de façon définitive sur la discrimination indirecte, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est « involontaire, accidentelle » (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 49). Par définition, une distinction neutre ou une distinction qui produit « involontairement » des effets négatifs n'est pas fondée sur un stéréotype négatif. De telles distinctions entraînent sans justification des répercussions négatives disproportionnées sur des groupes reconnus comme protégés par une disposition garantissant l'égalité. Dans l'arrêt *BCGSEU*, le juge McLachlin a conclu, au par. 33 :

> La norme elle-même est discriminatoire justement parce qu'elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé : voir, de manière générale, l'arrêt *Banque Toronto Dominion*, précité, aux par. 140 et 141, le juge Robertson. Comme notre Cour l'a statué dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 66, si une règle a un effet discriminatoire réel pour un motif prohibé, elle devrait être qualifiée de discriminatoire peu importe que le demandeur appartienne à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire.

Dans l'arrêt *BCGSEU*, la norme neutre à première vue était discriminatoire parce qu'elle avait pour effet d'exclure les femmes dans une mesure disproportionnée. Comme dans l'affaire *Andrews*, précitée, il était tout simplement inutile de procéder à une analyse des stéréotypes pour trancher le pourvoi. L'omission par le législateur de tenir compte des capacités et des besoins particuliers de personnes ou de groupes pour assurer le même bénéfice de la loi à tous les membres de la société peut entraîner des effets préjudiciables donnant ouverture à une demande fondée sur l'art. 15 : *BCGSEU*, par. 33; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

b) *La dignité aux yeux du demandeur raisonnable*

Si un stéréotype n'est pas une condition nécessaire ou suffisante pour qu'il y ait discrimination, il doit exister d'autres indicateurs pertinents. L'arrêt *Law* énumère quatre facteurs contextuels sur

to demonstrate that a distinction has the effect of demeaning his or her dignity. Before considering these, it would be helpful to revisit *Law*'s understanding of human dignity. I reproduce in full a particularly illuminating passage (at para. 53):

> Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

This passage serves as a reminder that discrimination can arise in circumstances other than in the presence of stereotypes, and removes an ambiguity in the previously cited discussion of equality (see above, at para. 116). On one reading, the phrase "or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition", taken together with the phrase "stereotypical application of presumed group or personal characteristic" (see above, at para. 116), may be understood to suggest that discrimination only arises where there has been a message sent to the community at large that is demeaning to the claimant. By contrast, the present passage unequivocally reveals that dignity can be infringed even if the "message" is conveyed only to the claimant.

The passage makes clear that if individual interests including physical and psychological

lesquels peut se fonder un demandeur pour démontrer qu'une distinction a pour effet de porter atteinte à sa dignité. Avant de les examiner, il m'apparaît utile de revoir l'interprétation que l'arrêt *Law* attribue à la dignité humaine. Je reproduis intégralement un passage particulièrement éclairant de cet arrêt (au par. 53) :

> La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

122 Ce passage rappelle qu'il peut y avoir discrimination dans d'autres circonstances qu'en présence de stéréotypes et il élimine une ambiguïté dans l'analyse de l'égalité mentionnée précédemment (voir le par. 116). On pourrait croire que les mots « par ailleurs, [la différence de traitement] perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu » lus de concert avec les mots « une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe » (voir le par. 116), laissent entendre qu'il n'y a discrimination que s'il y a transmission à l'ensemble de la population d'un message qui porte atteinte à la partie demanderesse. Au contraire, le passage ci-dessus révèle sans équivoque qu'il peut y avoir atteinte à la dignité même si le « message » en cause est transmis seulement au demandeur.

123 Ce passage établit clairement que la dignité humaine est violée s'il y a atteinte aux intérêts

integrity are infringed, a harm to dignity results. Such infringements undermine the individual's self-respect and self-worth. They communicate to the individual that he or she is not a full member of Canadian society. Moreover, this passage proposes a reasonableness standard when it discusses what the claimant "legitimately feels when confronted with a particular law". In these descriptions of human dignity, one can hear echoes of my position in the 1995 trilogy. In *Egan*, *supra*, I held (at para. 56) that the examination of whether a distinction is discriminatory

should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

This Court has recently expressed its continuing support for this "reasonable claimant" standard in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 55. See also *Corbiere*, *supra*, at para. 65; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 81; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 75.

124 These preliminary remarks about *Law* serve as reminders that stereotypes are not needed to find a distinction to be discriminatory, and that the reasonable claimant is the perspective from, and the standard by which to evaluate a discrimination claim. With these remarks in mind, it is now time to turn to a consideration of the *Law* factors.

(c) *Putting Effects First in Law*

125 The four factors in *Law* are: (1) pre-existing disadvantage, (2) relationship between grounds and the claimant's characteristics or circumstances, (3) ameliorative purposes or effects, and (4) the nature of the interest affected.

individuels, dont l'intégrité physique et psychologique. Ces atteintes minent le respect et l'estime de soi de la personne. De plus, elles transmettent à l'individu l'idée qu'il n'est pas un membre à part entière de la société canadienne. Par ailleurs, ce passage propose une norme du caractère raisonnable lorsqu'il parle de la « façon dont il est raisonnable [que le demandeur] se sente face à une loi donnée ». Ces descriptions de la dignité humaine reprennent la position que j'avais exposée dans la trilogie de 1995. Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'ai affirmé, au par. 56, que l'analyse visant à déterminer si une distinction est discriminatoire

devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

La Cour a récemment exprimé son appui constant à l'égard de la norme de la « personne raisonnable » dans les arrêts *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 55. Voir aussi *Corbiere*, précité, par. 65; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 81; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 75.

Ces remarques préliminaires au sujet de l'arrêt *Law* servent à rappeler qu'une distinction peut être discriminatoire même si elle ne repose pas sur des stéréotypes et qu'une allégation de discrimination sera évaluée dans la perspective et suivant le critère du demandeur raisonnable. En gardant ces remarques à l'esprit, je procéderai maintenant à l'examen des facteurs énoncés dans *Law*.

c) *Le rôle de premier plan des effets dans l'arrêt Law*

Quatre facteurs sont énumérés dans l'arrêt *Law* : 1) le désavantage préexistant, 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur, 3) l'objet ou l'effet d'amélioration et 4) la nature du droit touché.

Although this Court made clear in *Law* that it is not necessary that all four factors be present for there to be a finding that a claimant's human dignity has been infringed, and indeed that the presence or absence of no factor is determinative, subsequent applications of the *Law* test have typically attempted to either refute or establish every factor. See e.g., *Corbiere*, *supra*, and *Lovelace*, *supra*.

In addition, although the Court in *Law* held that "the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group" (para. 63), it insisted that "although a distinction drawn on such a basis is an important *indicium* of discrimination, it is not determinative" (para. 65). Therefore, although pre-existing disadvantage is the factor the presence of which will most likely weigh in favour of a finding that human dignity is infringed, its absence does not inexorably lead to the conclusion that dignity has not been infringed.

Courts applying *Law* must keep these reservations in mind. Since not all the factors must be shown to exist, and since pre-existing disadvantage is a compelling, but not necessary condition, it is conceivable that the sole presence of another factor may be sufficient to establish an infringement of dignity. Moreover, given that the effects of an impugned distinction should be the focal point of a discrimination analysis, and that stereotypes are not necessary for a finding of discrimination, the severe impairment of an extremely important interest may be sufficient to ground a claim of discrimination. I foresaw this possibility in *Egan*, *supra*, when I wrote (at para. 65):

[T]he more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a

126 Bien que, dans *Law*, la Cour ait indiqué clairement qu'il n'est pas nécessaire que ces quatre facteurs soient réunis pour qu'il y ait atteinte à la dignité humaine de la partie demanderesse et, en fait, que la présence ou l'absence d'aucun de ces facteurs n'est déterminante, pratiquement chaque fois où le test énoncé dans *Law* a été appliqué par la suite on a tenté de réfuter ou d'établir chacun de ces facteurs. Voir par exemple, *Corbiere*, précité, et *Lovelace*, précité.

127 En outre, si on a statué dans l'arrêt *Law* que « le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe » (par. 63), elle a insisté sur le fait que « même si une distinction fondée sur un tel élément est un indice important de discrimination, elle n'est pas déterminante » (par. 65). Par conséquent, bien que la préexistence d'un désavantage soit le facteur le plus susceptible de jouer en faveur de la conclusion qu'il y a eu atteinte à la dignité humaine, l'absence de ce facteur ne mène pas inexorablement à la conclusion qu'il n'y a pas eu atteinte à la dignité.

128 Dans leur application de l'arrêt *Law*, les tribunaux doivent garder ces réserves à l'esprit. Puisqu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence de tous les facteurs et que le désavantage préexistant constitue une condition impérieuse, mais non impérative, on peut concevoir que la seule présence d'un autre facteur pourrait suffire à établir une atteinte à la dignité. Par ailleurs, étant donné que, d'une part, l'examen d'une allégation de discrimination devrait être centré sur les effets de la distinction contestée et, d'autre part, l'existence de stéréotypes n'est pas nécessaire pour appuyer une conclusion de discrimination, il se peut qu'une atteinte grave à un droit extrêmement important suffise pour justifier une allégation de discrimination. J'ai envisagé cette possibilité dans *Egan*, précité, lorsque j'ai écrit, au par. 65 :

[P]lus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire,

discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in society.

It may be that particularly severe negative effects, as assessed under the fourth contextual factor in the third step of the *Law* test, may alone qualify a distinction as discriminatory. It is at least conceivable that negative effects severe enough would signal to a reasonable person possessing any personal characteristics, with membership in any classificatory group, that he or she is being less valued as a member of society. Therefore, even if we accept for the moment that youth are generally an advantaged group, if a distinction were to severely harm the fundamental interests of youth and only youth, that distinction would be found to be discriminatory.

129 These are the facts that are before this Court.

130 As a result of s. 29(*a*), adults under 30 were uniquely exposed by the legislative scheme to the threat of living beneath what the government itself considered to be a subsistence level of income. Of those eligible to participate in the programs, 88.8 percent were unable to increase their benefits to the level payable to those 30 and over. Ms. Gosselin was exposed to the risk of severe poverty as a sole consequence of being under 30 years of age. Ms. Gosselin's psychological and physical integrity were breached. There is little question that living with the constant threat of poverty is psychologically harmful. There is no dispute that Ms. Gosselin lived at times below the government's own standard of bare subsistence. In 1987, the monthly cost of proper nourishment was $152. The guaranteed monthly payment to young adults was $170. I cannot imagine how it can be maintained that Ms. Gosselin's physical integrity was not breached.

131 The sole remaining question is whether a reasonable person in Ms. Gosselin's position, apprised of all the circumstances, would perceive that her

même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société.

Il se peut que des effets négatifs particulièrement graves, mesurés dans le cadre de l'évaluation du quatrième facteur contextuel à la troisième étape du test énoncé dans *Law*, permettent à eux seuls de qualifier une distinction de discriminatoire. Il est à tout le moins concevable que des effets négatifs suffisamment graves puissent indiquer à une personne raisonnable possédant une caractéristique personnelle quelconque, appartenant à un groupe quelconque, qu'elle est moins valorisée en tant que membre de la société. Par conséquent, même en convenant pour l'instant que les jeunes constituent généralement un groupe favorisé, une distinction qui porterait gravement atteinte aux droits fondamentaux des jeunes, et seulement des jeunes, serait jugée discriminatoire.

J'exposerai maintenant les faits portés à la connaissance de la Cour.

En conséquence de l'application de l'al. 29*a*), le régime législatif a exposé uniquement les adultes de moins de 30 ans à la menace de vivre en-deçà de ce que le gouvernement considérait lui-même comme le niveau de subsistance. Les personnes admissibles à participer aux programmes n'ont pas pu, dans une proportion de 88,8 p. 100, hausser le montant de leurs prestations au niveau de celles des 30 ans et plus. Madame Gosselin était exposée au risque d'une grande pauvreté du seul fait qu'elle avait moins de 30 ans. Il y a eu atteinte à l'intégrité psychologique et physique de M^me^ Gosselin. Il ne fait aucun doute qu'il est psychologiquement préjudiciable de vivre avec la menace constante de la pauvreté. Il n'est pas contesté que M^me^ Gosselin a parfois vécu en-deçà du niveau de subsistance minimal fixé par le gouvernement même. En 1987, il en coûtait 152 $ par mois pour se nourrir adéquatement. Le paiement mensuel garanti aux jeunes adultes s'élevait à 170 $. Je ne peux imaginer comment il est possible de soutenir que l'intégrité physique de M^me^ Gosselin n'a pas été atteinte.

La seule question qui reste à trancher est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de M^me^ Gosselin et informée de toutes les

dignity had been threatened. The reasonable claimant would have been informed of the legislature's intention to help young people enter the marketplace. She would have been informed that those 30 and over have more difficulty changing careers, and that those under 30 run serious social and personal risks if they do not enter the job market in a timely manner. She would have been told that the long-term goal of the legislative scheme was to affirm her dignity.

The reasonable claimant would also likely have been a member of the 88.8 percent who were eligible for the programs and whose income did not rise to the levels available to all adults 30 years of age and over. Even if she wished to participate in training programs, she would have found that there were intervals between the completion of one program and the starting of another, during which the amount of her social assistance benefit would have plunged. The reasonable claimant would have made daily life choices in the face of an imminent and severe threat of poverty. The reasonable claimant would likely have suffered malnourishment. She might have turned to prostitution and crime to make ends meet. The reasonable claimant would have perceived that as a result of her deep poverty, she had been excluded from full participation in Canadian society. She would have perceived that her right to dignity was infringed as a sole consequence of being under 30 years of age, a factor over which, at any given moment, she had no control. While individuals may be able to strive to overcome the detriment imposed by merit-based distinctions, Ms. Gosselin was powerless to alter the single personal characteristic that the government's scheme made determinative for her level of benefits.

The reasonable claimant would have suffered, as Ms. Gosselin manifestly did suffer, from discrimination as a result of the impugned legislative distinction. I see no other conclusion but that Ms. Gosselin would have reasonably felt that she was being less valued as a member of society than people 30 and

circonstances estimerait que sa dignité a été menacée. Le demandeur raisonnable aurait su que le législateur avait l'intention d'aider les jeunes à accéder au marché du travail. Il aurait également su que les 30 ans et plus ont davantage de difficulté à changer de carrière et que les moins de 30 ans courent de graves risques sociaux et personnels s'ils n'entrent pas sur le marché du travail en temps opportun. Enfin, il aurait été informé du fait que l'objectif à long terme du régime législatif était de renforcer sa dignité.

132 Le demandeur raisonnable aurait aussi probablement fait partie des 88,8 p. 100 de personnes qui étaient admissibles aux programmes et dont le revenu n'atteignait pas le niveau des prestations accordées à tous les adultes de 30 et plus. Même s'il avait voulu participer aux programmes de formation, il aurait constaté qu'il s'écoulait un délai entre la fin d'un programme et le début d'un autre et le montant de ses prestations d'aide sociale aurait chuté pendant ce délai. Le demandeur raisonnable aurait effectué des choix quotidiens pour contrer une menace imminente et grave de pauvreté. Il aurait probablement souffert de malnutrition. Il aurait pu se tourner vers la prostitution et le crime pour joindre les deux bouts. Le demandeur raisonnable aurait eu le sentiment qu'en raison de sa grande pauvreté, il avait été exclu d'une pleine participation à la société canadienne. Il aurait estimé que son droit à la dignité était violé pour le seul motif qu'il avait moins de 30 ans, alors qu'il n'était pas en mesure de faire quoi que ce soit, à quelque moment que ce soit, pour modifier ce facteur. Bien qu'une personne puisse faire des efforts pour surmonter le désavantage imposé par des distinctions fondées sur le mérite, M^me^ Gosselin n'avait pas le pouvoir de changer l'unique caractéristique personnelle qui, selon le régime législatif, était déterminante quant au niveau de ses prestations.

133 Le demandeur raisonnable aurait été victime de discrimination, comme ce fut manifestement le cas de M^me^ Gosselin, en raison de la distinction législative alléguée. Je n'ai d'autre choix que de conclure que M^me^ Gosselin devait avoir le sentiment raisonnable, d'une part, qu'elle était moins valorisée

over and that she was being treated as less deserving of respect.

(d) *Law's Other Factors*

134 Since I have concluded that finding an individual or group to have suffered a severe harm to a fundamental interest, as a result of a legislative distinction drawn on either an enumerated or analogous ground, is sufficient for a court to conclude that the distinction was discriminatory, it is unnecessary to discuss the remaining *Law* factors. I will, however, do so briefly.

135 In respect of the second factor, there should be a strong presumption that a legislative scheme which causes individuals to suffer severe threats to their physical and psychological integrity as a result of their possessing a characteristic which cannot be changed does not adequately take into account the needs, capacity or circumstances of the individual or group in question. In the present circumstances, the impugned legislation sought to alleviate young adults' experience of poverty by providing them with training. However, the reason that young adults experienced poverty was not a lack of training, but rather a lack of available employment. In any case, a legislative scheme that exposes the members of an enumerated or analogous category, and only those members, to severe poverty *prima facie* does not take into consideration the needs of that category's members.

136 In respect of the third factor, I would like to address an apparent confusion. *Law* states at para. 72:

> An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

This passage makes clear that the ameliorative purpose must be for the benefit of a group less advantaged than the one targeted by the impugned

comme membre de la société que les personnes de 30 ans et plus et, d'autre part, qu'elle était traitée comme si elle était moins digne de respect.

d) *Les autres facteurs énoncés dans l'arrêt Law*

Puisque j'ai conclu qu'il suffit qu'un tribunal soit d'avis qu'une personne ou un groupe a été victime d'une grave atteinte à un droit fondamental, en raison d'une distinction législative fondée sur un motif énuméré ou analogue, pour lui permettre de statuer que la distinction est discriminatoire, je n'ai pas à examiner les autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Law*. J'en ferai cependant un survol.

En ce qui concerne le deuxième facteur, il devrait exister une forte présomption voulant qu'un régime législatif qui menace sérieusement l'intégrité physique et psychologique de certaines personnes, simplement parce qu'elles possèdent un attribut qui ne peut être changé, ne tienne pas adéquatement compte des besoins, des capacités et de la situation de la personne ou du groupe en cause. En l'espèce, la disposition contestée cherchait à réduire la pauvreté chez les jeunes adultes en leur offrant des programmes de formation. Cependant, la raison pour laquelle les jeunes adultes connaissaient la pauvreté n'était pas attribuable à un manque de formation, mais plutôt à un manque d'emplois. Quoi qu'il en soit, un régime législatif qui expose les membres d'une catégorie énumérée ou analogue, et seulement ceux-ci, à une grande pauvreté ne tient pas compte à première vue des besoins des membres de cette catégorie.

En ce qui concerne le troisième facteur, il semble exister une certaine confusion, que j'aimerais dissiper. L'arrêt *Law* affirme, au par. 72 :

> Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

Ce passage établit clairement qu'un objectif d'amélioration doit être à l'avantage d'un groupe moins favorisé que celui visé par la distinction alléguée.

distinction. The relevant ameliorative purpose under the third factor is not defined with reference to the group that suffers the disadvantage imposed by the impugned distinction.

I stipulated above that youth do not suffer pre-existing disadvantage for the purpose of showing that in circumstances such as the present, a severe negative effect under the fourth factor would be sufficient to establish an infringement of dignity. I did not concede the point, nor do I believe that it should be conceded. The motivation behind the present legislative scheme was precisely to help a young adult population that was in disadvantaged circumstances. If 23 percent of young adults were unemployed by comparison with 14 percent of the general active population, and if an unprecedented number of young people were entering the job market at a time when federal social assistance programs were faltering, I fail to see how young adults did not suffer from a pre-existing disadvantage.

It may be argued that in the long view of history, young people have not suffered disadvantage, and therefore, for the purposes of an equality analysis, a court need not consider young people to suffer from pre-existing disadvantage. This is, however, inconsistent with a basic premise of discrimination law. In *Brooks*, *supra*, this Court held that a disadvantage need not be shared by all members of a group for there to be a finding of discrimination, if it can be shown that only members of that group suffered the disadvantage. This Court held that a distinction drawn on the basis of pregnancy could be found to discriminate against women, since although not all women would become pregnant, only women could. The same conclusion was reached in *Egan*, *supra*, where it did not matter whether the particular claimants would have made net gains by being included in the governmental pension regime at issue. What mattered was that where there was a disadvantage, it fell solely on the basis of sexual orientation.

L'objectif d'amélioration pertinent dont il est question dans le troisième facteur n'est pas défini par rapport au groupe qui est victime du désavantage imposé par la distinction contestée.

137 J'ai dit plus haut que les jeunes ne souffrent pas d'un désavantage préexistant dans le but de démontrer que l'existence d'un effet négatif grave selon le quatrième facteur suffirait, dans des circonstances comme celles qui nous occupent, pour établir une atteinte à la dignité. Je n'ai pas concédé ce point et je ne crois pas qu'il devrait l'être. La raison qui a poussé à l'origine le législateur à édicter le régime législatif actuel était précisément sa volonté d'aider une population de jeunes adultes se trouvant dans une situation défavorisée. Si le taux de chômage chez les jeunes adultes était de 23 p. 100 contre 14 p. 100 pour l'ensemble de la population active et si un nombre record de jeunes entrait sur le marché du travail à une époque où les programmes fédéraux d'aide sociale étaient chancelants, je ne vois pas comment on peut conclure que les jeunes adultes n'étaient pas victimes d'un désavantage préexistant.

138 Si on remonte assez loin dans le cours de l'histoire, on pourrait faire valoir que les jeunes ne sont pas victimes d'un désavantage et qu'un tribunal ne doit donc pas, dans le cadre d'un examen de l'égalité, les considérer victimes d'un désavantage préexistant. Cette prétention est toutefois incompatible avec un principe élémentaire du droit en matière de discrimination. Dans l'arrêt *Brooks*, précité, la Cour a statué qu'il n'est pas nécessaire que le désavantage frappe tous les membres d'un groupe pour qu'il y ait discrimination, à condition qu'il puisse être démontré que seuls des membres de ce groupe sont victimes du désavantage. La Cour a statué que l'on pouvait conclure qu'une distinction fondée sur la grossesse était discriminatoire envers les femmes parce que, bien que toutes les femmes ne soient pas ou ne deviennent pas enceintes, seules les femmes peuvent le devenir. La Cour est arrivée à la même conclusion dans *Egan*, précité, où la question de savoir si les demandeurs en cause auraient ou non réalisé un gain net du fait de leur inclusion dans le régime gouvernemental de pensions n'avait pas d'importance. Ce qui importait, c'était que le désavantage subi, le cas échéant, reposait uniquement sur l'orientation sexuelle.

139 A unique constellation of circumstances caused a crisis of unemployment, at the historical moment in question, which threatened human dignity in ways that were particularly grievous for young adults. Only youth would suffer from the long-term harms to self-esteem that attend not participating in the workforce at a young age. The reasoning in *Brooks*, *supra*, applied to the present circumstances should lead to the conclusion that while not all members of the class "young adults throughout time" suffered the particular threats to self-esteem that attend youth unemployment, only members of that class, or only "young adults at the relevant time", did. Application of the reasoning in *Brooks* should lead to the conclusion that young adults suffered from a pre-existing disadvantage.

140 The breach of s. 15 was not justified under s. 1 and I concur entirely with my colleague Bastarache J.'s s. 1 analysis on this point.

B. *Section 7*

141 I concur in my colleague Arbour J.'s thorough analysis of s. 7 of the *Canadian Charter* and for the reasons she expresses, I agree that s. 29(*a*) of the Regulation does violate s. 7. I would, however, like to offer a clarification. It is true that the legislature is in the best position to make the allocative choices necessary to implement a policy of social assistance. For a wide variety of reasons, courts are not in the best position to make such choices, and this is why this Court has historically shown judicial deference to governments in these matters. See, e.g., *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; and *Eldridge*, *supra*.

142 However, although governments should in general make policy implementation choices, other actors may aid in determining whether social programs are necessary. In the present case, the government

Un ensemble unique de circonstances a provoqué une crise de l'emploi, à l'époque précise ici en cause, et cette crise menaçait de façon particulièrement grave la dignité humaine des jeunes adultes. Seuls les jeunes subiraient les effets négatifs à long terme sur leur estime de soi par suite de leur non-intégration à la population active à un jeune âge. Le raisonnement adopté dans *Brooks*, précité, appliqué aux circonstances de l'espèce, devrait mener à la conclusion que même si tous les membres de la catégorie des « jeunes adultes de toutes les époques » ne voyaient pas leur estime de soi menacée par le chômage des jeunes, seuls les membres de cette catégorie de personnes, ou de la catégorie des « jeunes adultes à l'époque en cause » étaient menacés. L'application du raisonnement suivi dans l'arrêt *Brooks* devrait mener à la conclusion que les jeunes adultes étaient touchés par un désavantage préexistant.

La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée au regard de l'article premier et je souscris entièrement à l'analyse de mon collègue le juge Bastarache sur ce point.

B. *L'article 7*

Je souscris à l'analyse approfondie que ma collègue le juge Arbour fait de l'art. 7 de la *Charte canadienne* et, pour les motifs qu'elle exprime, je suis d'avis que l'al. 29*a*) du Règlement contrevient à l'art. 7. J'aimerais toutefois apporter une précision. Certes, c'est le législateur qui est le mieux placé pour faire les choix d'affectation des ressources nécessaires à la mise en œuvre d'une politique d'aide sociale. Pour une vaste gamme de raisons, les tribunaux ne sont pas les mieux placés pour faire ces choix, et c'est pourquoi la Cour a historiquement fait preuve de retenue judiciaire envers les gouvernements en cette matière. Voir par exemple les arrêts *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; et *Eldridge*, précité.

Toutefois, bien qu'il revienne en général aux gouvernements de faire les choix qui concernent la mise en œuvre des politiques, d'autres acteurs peuvent aider à déterminer si des programmes sociaux

stated what it considered to be a minimal level of assistance but a claimant can also establish with adequate evidence what a minimal level of assistance would be. An analogy with the jurisprudence on minority language rights instruction may be helpful. In such cases, plaintiffs are able to establish whether "numbers warrant" the provision of minority language instruction even though legislatures and executives are generally given deference with respect to the operational choices that result in facilities being provided. See e.g., *Mahe*, *supra*. The same logic should apply in cases such as the present one.

sont nécessaires. En l'espèce, le gouvernement a établi ce qu'il considérait être le niveau minimal d'aide, mais un demandeur peut aussi établir, au moyen d'une preuve suffisante, ce qui serait un niveau minimal d'aide. Il pourrait s'avérer utile d'établir une analogie avec la jurisprudence sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans ce type de cause, un demandeur peut établir si « le nombre justifie » la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité, même si l'on fait généralement preuve de retenue envers la législature et l'exécutif pour ce qui est des choix opérationnels de fournir des établissements. Voir par exemple l'arrêt *Mahe*, précité. La même logique devrait s'appliquer dans les affaires semblables au présent pourvoi.

As regards s. 1, I do not share my colleague Arbour J.'s contextual analysis in all its refinements (paras. 349-58), and prefer the approach to legislative context offered by Gonthier J. in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. The latter wrote (at para. 98):

143 En ce qui concerne l'article premier, je ne souscris pas à l'analyse contextuelle exposée par ma collègue le juge Arbour dans toutes ses subtilités (par. 349-358) et je préfère aborder le contexte législatif selon la méthode exposée par le juge Gonthier dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, par. 98 :

> The role of this Court, when faced with competing social or political philosophies and justifications dependent on them, is therefore to define the parameters within which the acceptable reconciliation of competing values lies. [Emphasis in original.]

> Face à des philosophies sociales ou politiques opposées et à des justifications fondées sur elles, la Cour est donc appelée à définir les paramètres d'une conciliation acceptable des différentes valeurs en cause. [Souligné dans l'original.]

Nonetheless, substantially for the reasons Arbour J. expressed as well as those of Robert J.A.'s dissent in the Quebec Court of Appeal, I agree that the present violation of s. 7 was not justified.

Néanmoins je conviens, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Arbour et par le juge Robert de la Cour d'appel du Québec, dans sa dissidence, que l'atteinte portée en l'espèce au droit garanti par l'art. 7 n'était pas justifiée.

C. *Section 7 and Section 15*

C. *Les articles 7 et 15*

144 In another context, s. 15 concerns informed my analysis of s. 7. This was appropriate because the provisions of the *Canadian Charter* are to be understood as mutually reinforcing (see, e.g., *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 976). In addition, the equality provision is of foundational importance in the *Canadian Charter*. As McIntyre J. wrote in *Andrews*, *supra*, at p. 185:

Dans un autre contexte, les préoccupations fondées sur l'art. 15 ont éclairé mon analyse de l'art. 7. Il s'agissait d'une démarche appropriée, car il faut considérer les dispositions de la *Charte canadienne* comme se renforçant mutuellement (voir par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, p. 976). En outre, la disposition garantissant l'égalité revêt une importance fondamentale dans la *Charte canadienne*. Pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 185 :

The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*.

Consequently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, I brought the lens of the equality guarantee to the appellant's s. 7 claim to state-funded counsel in hearings where the Minister of Health and Community Services sought an extension of a custody order. I found that the claim could only be adequately addressed in light of the appellant's status as a single mother. I wrote (at para. 113):

This case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings. . . .

145 Conversely, in the present and similar fact situations, judicial interpretations of s. 15 can be informed by s. 7. To explain why, I revisit my reasons in *Egan*. I wrote (at para. 63):

[T]he nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

If, as in the present case, a harm is visited uniquely upon members of an analogous or enumerated group and is severe enough to give rise to a s. 7 claim, then there will be *prima facie* grounds for a s. 15 claim. This conclusion must follow from the above s. 15 analysis, which places individuals' experience of discrimination at the centre of judicial attention.

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*.

Par conséquent, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, j'ai examiné sous l'éclairage de la garantie d'égalité la revendication fondée sur l'art. 7 que l'appelante avait déposée pour obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État au cours des audiences relatives à une demande de prorogation d'une ordonnance de garde présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires. J'ai conclu qu'il fallait tenir compte de la situation de mère célibataire de l'appelante pour trancher convenablement sa revendication. J'ai alors affirmé ce qui suit, au par. 113 :

La présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants . . .

À l'inverse, en l'espèce et dans des affaires similaires, l'art. 7 peut éclairer l'interprétation judiciaire de l'art. 15. Pour expliquer mon raisonnement, je reprends ce que j'ai écrit dans l'arrêt *Egan*, par. 63 :

[L]a nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Si, comme en l'espèce, un préjudice ne touche que les membres d'un groupe analogue ou énuméré et est suffisamment grave pour donner ouverture à une demande fondée sur l'art. 7, il existera à première vue des motifs justifiant une revendication fondée sur l'art. 15. Cette conclusion découle nécessairement de l'analyse qui précède relativement à l'art. 15, laquelle place la discrimination ressentie par une personne au cœur de l'examen effectué par les tribunaux.

D. *Section 45 of the Quebec Charter*

I subscribe entirely to the exhaustive analysis of s. 45 of the *Quebec Charter* undertaken by Robert J.A. in his dissenting opinion in the Quebec Court of Appeal. For the reasons he expresses, I conclude as he does as to a violation of s. 45 of the *Quebec Charter* in the present case.

As Robert J.A. states (at p. 1092): [TRANSLATION] "Section 45 of the Quebec Charter thus bears a very close resemblance to article 11 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*", which, as the Court of Appeal notes, para. 10 of the *Report on the Fifth Session* of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights further specifies as containing: "a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels [of subsistence needs and the provision of basic services]" (*ibid.*, at p. 1093).

I am also in agreement that the *Quebec Charter* [TRANSLATION] "was intended to establish a domestic law regime that reflects Canada's international commitments" (p. 1099) and that (at p. 1101)

[TRANSLATION] the quasi-constitutional right guaranteed by section 45 to social and economic measures susceptible of ensuring an acceptable standard of living includes, at the very least, the right of every person in need to receive what Canadian society objectively considers sufficient means to provide the basic necessities of life.

III. Conclusion

In the result, I agree with the result reached by each of my colleagues Bastarache, Arbour and LeBel JJ. and would allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This case involves the constitutional review of a provision that existed in the regulations under

D. *L'article 45 de la Charte québécoise*

Je souscris entièrement à l'analyse exhaustive que le juge Robert de la Cour d'appel du Québec fait de l'art. 45 de la *Charte québécoise* dans son opinion dissidente. Pour les motifs qu'il exprime, je conclus, comme lui, à la violation en l'espèce des dispositions de l'art. 45 de la *Charte québécoise*. 146

Comme l'affirme le juge Robert de la Cour d'appel, à la p. 1092 : « L'article 45 de la charte québécoise montre ainsi une parenté irréfutable avec l'article 11 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* », qui prévoit également, selon le par. 10 du *Rapport sur la cinquième session* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, comme la Cour d'appel l'a mentionné, « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel [des besoins de subsistance et la prestation de services de base] » (*ibid.*, p. 1093). 147

Je suis également d'avis que la *Charte québécoise* « a voulu établir un régime de droit interne qui reflète les engagements internationaux du Canada » (p. 1099) et que (à la p. 1101) 148

le droit quasi constitutionnel garanti par l'article 45 à des mesures sociales et économiques susceptibles d'assurer un niveau de vie décent comprend à tout le moins le droit pour toute personne dans le besoin d'obtenir ce que la société canadienne considère, de façon objective, comme des moyens suffisants pour subvenir aux nécessités essentielles de la vie.

III. Conclusion

En conséquence, je suis d'accord quant au résultat avec chacun de mes collègues les juges Bastarache, Arbour et LeBel et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. 149

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur le contrôle de la constitutionnalité d'une disposition d'un règlement 150

Quebec's *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, between 1984 and 1989. That provision fixed the maximum benefits to be received by single adults under the age of 30 at a level approximately one third that of those 30 years of age and over.

151 The appellant has offered this Court a number of constitutional issues to consider. She claims, on behalf of herself and all single recipients of welfare in the province of Quebec who were under the age of 30 at some point between 1985 and 1989, that the benefits provision violates the right not to be deprived of security of the person under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*" or "*Charter*"), the right to equal treatment before and under the law, protected by s. 15 of the *Canadian Charter*, as well as the right to be provided with a decent level of support, guaranteed by s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*").

152 In making her claim, the appellant is seeking a declaration from this Court that the provision was constitutionally invalid pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 45 of the *Quebec Charter*, as well as damages in the amount of $388,563,316 for benefits denied to the members of the appellant's group, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter* and the joint operation of ss. 45 and 49 of the *Quebec Charter*, from March 1985 to July 31, 1989.

153 In the end, I conclude that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, violated the appellant's s. 15 right to equal benefit of the law, and that such discrimination was not justified under s. 1.

II. Legislative History

154 At issue in this case is the differential treatment of social assistance recipients under 30 years of age. This differential treatment is prescribed by s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*. To properly determine whether s. 29(*a*) is discriminatory, it is

d'application de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16. Suivant cette disposition, qui a été en vigueur de 1984 à 1989, les prestations maximales accordées aux bénéficiaires de moins de 30 ans vivant seuls correspondaient environ au tiers de celles accordées aux personnes de 30 ans et plus.

L'appelante a demandé à notre Cour d'examiner un certain nombre de questions constitutionnelles. En son nom et au nom de toutes les personnes seules qui recevaient de l'aide sociale au Québec et qui avaient moins de 30 ans au cours de la période de 1985 à 1989, elle soutient que la disposition touchant les prestations porte atteinte au droit des bénéficiaires à la sécurité de leur personne que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* » ou la « *Charte* »), au droit à l'égalité devant la loi protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne*, ainsi qu'au droit à des mesures d'assistance susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, garanti par l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »).

Dans son action, l'appelante demande à notre Cour de déclarer la disposition contestée invalide par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 45 de la *Charte québécoise*, et de lui accorder, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne* et par l'effet conjugué des art. 45 et 49 de la *Charte québécoise*, des dommages-intérêts de 388 563 316 $ au titre des prestations qui, de mars 1985 au 31 juillet 1989, ont été refusées aux membres du groupe dont elle fait partie.

En définitive, j'estime que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, a porté atteinte au droit de l'appelante à l'égalité de bénéfice de la loi que lui garantit l'art. 15, et que la discrimination résultant de cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier.

II. L'historique législatif

Le point litigieux en l'espèce est le traitement différent réservé aux bénéficiaires d'aide sociale âgés de moins de 30 ans. Ce traitement différent est prescrit par l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*. Pour être en mesure de déterminer si cet alinéa a un

necessary to look at the section in its historical context as well as the context of its governing legislation and regulations.

The *Social Aid Act* of 1984 grew out of reforms to Quebec social policy that dated back to the late 1960s. The first *Social Aid Act* in Quebec was brought into force in 1970. Prior to that time, Quebec social policy focussed, through a variety of legislative Acts, on the needs of those citizens who were unable to work. The guiding principle for this combination of Acts was that the more incapable one was of working, the greater one's benefits would be. Even at that time, however, some benefits were provided to able-bodied persons. Under this regime, distinctions were made and benefits were based on whether or not one lived with one's parents, and whether one was under 30 years of age. For instance, under the pre-1970 law, a person under 30 who lived with his or her parents would receive $30 a month, while a person who lived on his or her own would receive $55. For those 30 and over, the benefits also varied based on whether they lived in a rural or urban setting. A person 30 and over living alone in the city would be eligible for a $65 benefit, while one living with a parent would receive only $55.

The reforms of 1969-1970 sought to change the foundational principles of Quebec social policy, moving from a regime based on degree of incapacity to one based on need. Despite this emphasis on need, the distinction between those under 30 and those 30 and over was maintained and incorporated into the new legislation. Whereas the benefits of those 30 and over varied depending on whether or not they lived with their parents (from $75 to $106), those under 30 received only the $75 amount. In other words, those under 30 were deemed to be living with their parents, regardless of their actual circumstances.

caractère discriminatoire, il est nécessaire de l'examiner dans son contexte historique ainsi que dans le contexte de la législation et de la réglementation pertinentes.

155 La *Loi sur l'aide sociale* de 1984 est le fruit de réformes apportées en matière de politique sociale au Québec à la fin des années 60. Au Québec, la première *Loi sur l'aide sociale* est entrée en vigueur en 1970. Jusque-là, la politique sociale du Québec s'était attachée, par diverses mesures législatives, à répondre aux besoins des citoyens inaptes au travail. Le principe directeur de ce train de mesures était le suivant : plus la personne était inapte au travail, plus ses prestations étaient élevées. Cependant, même durant cette période, des personnes physiquement aptes au travail recevaient certaines prestations. Ce régime établissait des distinctions et le montant des prestations variait selon que le bénéficiaire vivait ou non chez ses parents ou selon qu'il était ou non âgé de moins de 30 ans. Par exemple, en vertu du régime législatif antérieur à 1970, les personnes de moins de 30 ans vivant chez leurs parents recevaient 30 $ par mois, alors que celles vivant seules touchaient 55 $. Pour les bénéficiaires de 30 ans et plus, le montant des prestations variait également selon que la personne vivait en milieu rural ou en milieu urbain. Les personnes de 30 ans et plus vivant seules en milieu urbain avaient droit à des prestations de 65 $, alors que celles habitant avec leurs parents ne recevaient que 55 $.

156 Les réformes de 1969 et 1970 visaient à modifier les principes fondamentaux de la politique sociale du Québec, et substituaient à un régime fondé sur le degré d'inaptitude un régime axé sur les besoins. Même si on mettait désormais l'accent sur les besoins, la distinction entre les personnes de moins de 30 ans et celles de 30 ans et plus était maintenue et incorporée à la nouvelle législation. Alors que les prestations touchées par les personnes de 30 ans et plus variaient (de 75 $ à 106 $) selon qu'elles vivaient ou non chez leurs parents, les personnes de moins de 30 ans ne recevaient que 75 $. En d'autres mots, les personnes de moins de 30 ans étaient présumées vivre chez leurs parents, indépendamment de leur situation réelle.

157 Over the course of the next decade, the benefits for those 30 or over grew at a much faster rate than those for single persons under 30. Apart from several slight adjustments, the under-30 benefits remained stable, while the reforms of 1974 increased the benefits for those 30 and over by 45 percent. Other amendments made in 1975 indexed benefits for those 30 and over to the rate of inflation. By the time the under-30 benefits were indexed, in 1979, they had fallen to 36 percent of those of a similarly situated person 30 and over. In 1969, they had represented 84 percent of the full amount.

Au cours de la décennie qui a suivi, les prestations accordées aux personnes de 30 ans et plus ont progressé à un rythme beaucoup plus rapide que celles accordées aux personnes de moins de 30 ans. Exclusion faite de plusieurs ajustements mineurs, les prestations accordées à ces dernières sont demeurées stables, alors que les réformes de 1974 ont majoré de 45 p. 100 les prestations des 30 ans et plus. D'autres modifications apportées en 1975 ont eu pour effet d'indexer sur le taux d'inflation les prestations des 30 ans et plus. Lorsqu'elles ont été indexées en 1979, le montant des prestations accordées aux moins de 30 ans ne représentait que 36 p. 100 de celles touchées par les 30 ans et plus dans la même situation. En 1969, elles s'élevaient à 84 p. 100 du plein montant.

158 In the early 1980s, the Quebec government, responding to a deep and long-lasting crisis in the North American economy, once again considered reforming its *Social Aid Act*. Between 1981 and 1983, unemployment in Quebec had skyrocketed from traditional levels of around 8 percent to approximately 14 percent. Among young people, the levels of unemployment were even more pronounced. Youth unemployment in 1982 was 23 percent. The difference between youth unemployment and the rate for the general population had never been higher. During this period, the government was also concerned by a change in the composition of social assistance recipients. Between 1975 and 1983, the number of people under 30 on social assistance rose six-fold, to 85 000. This resulted in the proportion of social assistance recipients under 30 rising from 3 to 12 percent. The government was also witnessing an increase in the percentage of able-bodied recipients; it went from 41 percent in 1974 to 75 percent in 1983. At the same time, the government was seeing an increase in the number of recipients with a relatively high level of education.

Au début des années 80, en réponse à une longue et profonde crise économique en Amérique du Nord, le gouvernement du Québec a de nouveau envisagé de réformer sa *Loi sur l'aide sociale*. De 1981 à 1983, le taux de chômage au Québec, qui oscillait normalement aux alentours de 8 p. 100, avait grimpé en flèche, s'établissant approximativement à 14 p. 100. Chez les jeunes, il était encore plus élevé, atteignant 23 p. 100 en 1982. L'écart entre le taux de chômage chez les jeunes et celui de l'ensemble de la population n'avait jamais été aussi grand. Durant cette période, le gouvernement était également préoccupé par le changement dans la composition du groupe des bénéficiaires d'aide sociale. De 1975 à 1983, le nombre de bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avait sextuplé, atteignant 85 000, faisant passer leur pourcentage de 3 à 12 p. 100. De plus, le gouvernement avait observé un accroissement du nombre des prestataires physiquement aptes au travail, dont le pourcentage avait grimpé de 41 p. 100 en 1974 à 75 p. 100 en 1983. À la même époque, le gouvernement avait constaté une hausse du nombre de bénéficiaires d'aide sociale possédant un niveau de scolarité relativement élevé.

159 In response to this grim picture, the government chose to focus on providing young people with the skills and education required for them to get jobs. At the centre of this new approach were three new programs designed to provide people on social assistance with work experience and education. These

Devant ce sombre tableau, le gouvernement a décidé de s'attacher à fournir aux jeunes les moyens d'acquérir les compétences et les connaissances requises pour se trouver un emploi. Cette nouvelle approche reposait sur trois nouveaux programmes destinés à offrir aux bénéficiaires formation et

programs were, quite practically, entitled Remedial Education, Community Work and On-the-job Training. Under s. 29(*a*) of the new Regulation, social assistance beneficiaries under 30 would continue to receive a lower level of support (as of 1987 they received $170 per month) than their older counterparts (who were receiving $466 per month), but could have their benefits raised by participating in one of these programs.

The Remedial Education Program was designed to help social assistance recipients return to school to get their high school diploma. For admission to the program, one had to be a recipient of social assistance who had been out of school for more than nine months and who had been financially independent of his or her parents for at least six months. There is evidence that the illiterate were also excluded. While participating in a Remedial Education Program, the beneficiary would receive an increase of $196 per month in his or her social assistance benefits; the participant under 30 years of age was therefore left with $100 less than the base amount for the social assistance beneficiary 30 and over.

The On-the-job Training Program was designed to provide social assistance recipients with real job experience. A participant would be paired with a private or public organization and work for it on a full-time basis. During that time, he or she would receive specialized training. In order to qualify for this program, the potential participant must have been out of school for at least 12 months. Holders of CEGEP or university degrees were excluded from the program. This placement would last one year. During the time that they participated, social assistance beneficiaries would receive an increase of $296 in their benefits, $100 of which was paid by their employer. This increase would leave a person under 30 with the same amount of benefits per month as the base amount for a person 30 and over.

In the Community Work Program, social assistance beneficiaries were paired with community organizations or governmental agencies in order

expérience professionnelle. Ces programmes étaient appelés, fort pertinemment : Rattrapage scolaire, Travaux communautaires et Stages en milieu de travail. En vertu de l'al. 29*a*) du nouveau Règlement, les bénéficiaires de moins de 30 ans continuaient de recevoir une aide inférieure (ils recevaient 170 $ par mois en 1987) à celle accordée à leurs aînés (qui recevaient 466 $ par mois), mais ils pouvaient faire hausser leurs prestations en participant à l'un de ces programmes.

160 Le programme Rattrapage scolaire visait à permettre aux bénéficiaires d'aide sociale de retourner aux études afin qu'ils obtiennent leur diplôme d'études secondaires. Pour être admissibles à ce programme, les candidats devaient être des bénéficiaires d'aide sociale qui avaient abandonné leurs études depuis plus de neuf mois et être financièrement indépendants de leurs parents depuis au moins six mois. La preuve révèle que les personnes analphabètes étaient elles aussi exclues. Les bénéficiaires qui participaient à ce programme voyaient leurs prestations d'aide sociale être haussées de 196 $ par mois; les participants de moins de 30 ans touchaient donc 100 $ de moins que le montant de base accordé aux bénéficiaires de 30 ans et plus.

161 Le programme Stages en milieu de travail quant à lui visait à fournir aux bénéficiaires d'aide sociale de véritables expériences de travail. Le participant était jumelé à un organisme privé ou public pour lequel il travaillait à temps plein. Durant cette période, il recevait une formation spécialisée. Afin d'être admissible à ce programme, le candidat devait avoir quitté les études depuis au moins 12 mois. Les personnes possédant un diplôme d'études collégiales (CÉGEP) ou universitaires étaient exclues de ce programme. Le stage durait un an. Au cours de cette période, les prestations d'aide sociale du bénéficiaire étaient haussées de 296 $, dont une tranche de 100 $ était payée par son employeur. Cet accroissement permettait aux personnes de moins de 30 ans de toucher une somme égale au montant de base accordé aux personnes de 30 ans et plus.

162 Dans le cadre du programme Travaux communautaires, le bénéficiaire d'aide sociale était jumelé à un organisme communautaire ou gouvernemental

to complete simple tasks. The goal of this program was to provide more rudimentary work-related skills, such as learning to show up on time, to dress properly for work, to file documents and to answer the telephone. Priority for admission to the program was given to those who had been on social assistance for at least one year. As in the case of the On-the-job Training Program, participants received a $296 increase in their benefits, $100 of which was paid by the community organization or government agency.

163 While all three of these programs were ostensibly designed for social assistance recipients under 30, at least one of the programs was in fact open to some persons 30 and over, who received the same increase in their benefits when they participated. Thus, a recipient under 30 would never receive the same amount as some similarly situated persons 30 and over, since the older person would receive the same extra benefit over and above the base benefit.

III. Factual Background

164 It was under this legislative and regulatory framework that the claimant and class representative in this case, Ms. Gosselin, received assistance between 1984 and her 30th birthday, in 1989. Louise Gosselin was born on July 9, 1959. Her life has not been an easy one. Much of her formative years was spent moving back and forth between her mother's home and various centres d'accueil and foster homes. Health problems, both physical and psychological, also constituted a burden. Despite her desire to finish school, her attempts always seemed to come up short.

165 On the job market, Ms. Gosselin's success was not any more marked. At various times she worked as a nurse's assistant and a waitress but, owing to physical or mental exhaustion, these jobs never

pour lequel il accomplissait des tâches simples. Ce programme visait à permettre aux participants d'acquérir des habiletés professionnelles plus rudimentaires : apprendre à être ponctuel, à se vêtir correctement pour aller travailler, à classer des documents et à répondre au téléphone. L'admissibilité au programme était accordée en priorité aux personnes qui recevaient de l'aide sociale depuis au moins un an. Tout comme dans le cas du programme Stages en milieu de travail, les participants recevaient des prestations supplémentaires de 296 $, dont une partie — 100 $ — était versée par l'organisme communautaire ou gouvernemental.

Bien que ces trois programmes aient manifestement été conçus pour les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, il demeure qu'au moins un de ces programmes était également offert à certaines personnes âgées de 30 ans et plus, qui bénéficiaient elles aussi de la même majoration de leurs prestations, lorsqu'elles y participaient. Par conséquent, les bénéficiaires de moins de 30 ans ne recevaient jamais la même somme que certaines personnes de 30 ans et plus se trouvant dans une situation analogue, puisque celles-ci recevaient également la prestation supplémentaire en sus de leur prestation de base.

III. Les faits

C'est pendant que ce régime législatif et réglementaire était en vigueur que la demanderesse et représentante du groupe en l'espèce, M^me^ Gosselin, a reçu de l'aide sociale, soit de 1984 jusqu'à la date de son trentième anniversaire de naissance, en 1989. Louise Gosselin est née le 9 juillet 1959. Elle n'a pas eu la vie facile. Durant la majeure partie de sa période de développement, elle a été ballottée entre la maison de sa mère et divers centres d'accueil et foyers nourriciers. Des problèmes de santé, tant du point de vue physiologique que psychologique, ajoutaient également à son fardeau. Malgré son désir de terminer l'école, ses efforts en ce sens semblent avoir toujours été infructueux.

Madame Gosselin n'a pas eu davantage de succès sur le marché du travail. À divers moments, elle a travaillé comme aide-infirmière et serveuse, mais à cause d'épuisement physique ou mental, elle n'a

lasted for long. Suicides were attempted, alcohol was abused, jobs were hard to come by, and depression ensued. Thus, from the time she was 18 Ms. Gosselin was, for the most part, reliant on social assistance — as was her mother, with whom she often lived.

jamais gardé ces emplois pendant longtemps. Elle a tenté à quelques reprises de se suicider, elle a fait une consommation abusive d'alcool, elle a éprouvé de la difficulté à trouver du travail et elle a souffert de dépression. Par conséquent, à partir de l'âge de 18 ans, M^me^ Gosselin a, la plupart du temps, vécu de l'aide sociale — tout comme sa mère avec qui elle a souvent habité.

In March of 1985, at the age of 25, Ms. Gosselin contacted her local CLSC (local community service centre) to find out how she might go about finding friends her own age. It was at that time that she was first informed of a program known as "Community Work". In May 1985, she applied and was accepted into the program, working for an organization called "Réveil des assistés sociaux". Through this program she became involved in various committees in which she learned about social assistance law and about the types of programs that were available to assist her. Her participation in the program helped her to meet people and to have more social interactions. However, the program only lasted one year. After she had completed it, she fell back onto the reduced amount and was forced to move back in with her mother. No one suggested another program to her.

166 En mars 1985, alors âgée de 25 ans, M^me^ Gosselin s'est adressée à son CLSC (centre local de services communautaires) pour demander comment elle pourrait se faire des amis de son âge. C'est à ce moment qu'elle a été mise au courant de l'existence du programme « Travaux communautaires ». En mai 1985, à la suite de sa demande de participation à ce programme, elle a travaillé pour un organisme appelé « Réveil des assistés sociaux ». Dans le cadre de ce programme, elle a commencé à participer aux activités de divers comités, acquérant ainsi des connaissances sur le droit relatif à l'aide sociale et sur les divers programmes existants en la matière et susceptibles de l'aider. Sa participation à ce programme lui a permis de rencontrer des gens et de profiter de plus d'occasions d'interaction sociale. Toutefois, ce programme ne durait qu'un an. Au terme de sa participation à ce programme, ses prestations ont été ramenées à la somme qu'elle recevait avant et elle a dû retourner vivre chez sa mère. Personne ne lui a suggéré de participer à un autre programme.

Living with her mother at the age of 27 was not a comfortable situation; Ms. Gosselin hoped desperately that her luck would turn around. In October of 1986, she was forced, following a change in the building's by-laws, to move out of her mother's one-bedroom apartment. She lived in a variety of rooming houses, and maisons d'accueil, where she faced various types of harassment. At one point, she was able to get a job cleaning homes, but was unable to continue after she was overcome with the fear of being fired. She reluctantly moved back in with her mother.

167 Le fait, à 27 ans, de vivre avec sa mère n'était pas une situation facile. Madame Gosselin espérait désespérément que sa chance tourne. En octobre 1986, à la suite d'une modification du règlement intérieur de l'immeuble qu'habitait sa mère, elle fut contrainte de quitter l'appartement de celle-ci, qui comptait une seule chambre à coucher. Elle a ensuite vécu dans des maisons de chambres et des maisons d'accueil où elle a subi divers types de harcèlement. À un certain moment, elle a décroché un poste de femme de ménage à domicile qu'elle a toutefois été incapable de continuer à occuper, ne pouvant surmonter la crainte d'être congédiée. À contrecœur, elle a de nouveau emménagé chez sa mère.

In November of 1986, she was granted a medical certificate due to her mental state; this allowed her

168 En novembre 1986, elle a obtenu un certificat médical en raison de son état psychologique, ce

to collect the full benefit under the regulations. She moved out of her mother's apartment in December of that year. A few months later, by happenstance, her father's neighbour offered to arrange a placement for her at Revenu Travail-Quebec as part of the On-the-job Training Program. She worked there for three months, before switching placements to work at a pet store, where she had wanted to work because of her love of animals. Unfortunately, allergies quickly became a problem and she had to leave after only a couple of weeks.

169 At this point, she fell back onto the reduced benefit and was hospitalized at a psychiatric hospital for two months. Released from the hospital in January 1988, she was once again considered able-bodied and allocated the reduced benefit. She moved through several rooming homes, paying $170 per month for rent while receiving only $188 per month in benefits. In March of 1988, she got her own apartment, paying a rent of $235 per month. To pay for it, she cleaned homes, earning extra money. In order to make ends meet, she ate most of her meals at her mother's house, but sometimes had to resort to soup kitchens. In May of 1988, she hurt her back and was granted a medical certificate.

170 In September of 1988, she enrolled in the Remedial Education Program and went back to school. While this raised her benefits to $100 less than the base amount, she was terrified that she would not succeed and would be forced back onto the reduced rate. After paying her rent and phone, she was left with only $150 per month, which she had to stretch scrupulously in order to buy food and bus tickets. Finally, in July of 1989, she turned 30 and was allocated the full social assistance benefit. When that benefit was added to the money she received for participating in the Remedial Education Program, her total monthly benefits rose to $739 per month.

qui lui a permis de percevoir le plein montant des prestations prévu par le règlement. Elle a quitté l'appartement de sa mère en décembre. Quelques mois plus tard, par hasard, le voisin de son père l'a aidée à obtenir un stage à Revenu Travail-Québec dans le cadre du programme Stages en milieu de travail. Elle y est restée pendant trois mois et a ensuite commencé à travailler dans une animalerie où elle avait voulu travailler en raison de son amour pour les animaux. Malheureusement, elle a commencé à souffrir d'allergies et a dû quitter ce travail après seulement quelques semaines.

Elle a alors recommencé à toucher des prestations réduites et été hospitalisée dans un établissement psychiatrique pendant deux mois. Après avoir obtenu son congé de l'hôpital en janvier 1988, elle a à nouveau été considérée physiquement apte au travail et s'est vue accorder les prestations réduites. Elle a vécu dans plusieurs maisons de chambres, où elle payait un loyer mensuel de 170 $, alors que ses prestations ne s'élevaient qu'à 188 $. En mars 1988, elle a loué son propre appartement, dont le loyer mensuel était de 235 $. Pour le payer, elle faisait des ménages pour ajouter à son revenu. Afin de joindre les deux bouts, elle prenait la plupart de ses repas chez sa mère, mais devait parfois aller dans des cuisines populaires. En mai 1988, elle s'est blessée au dos et a obtenu un certificat médical.

En septembre 1988, M^{me} Gosselin s'est inscrite au programme Rattrapage scolaire et est retournée à l'école. Bien que cette mesure ait eu pour effet de faire hausser ses prestations, qui étaient alors inférieures de 100 $ au montant de base, elle était terrifiée à l'idée d'échouer et d'être contrainte de nouveau de toucher les prestations réduites. Après avoir payé le loyer et les frais de téléphone, il ne lui restait que 150 $ par mois, somme qu'elle devait dépenser parcimonieusement pour s'acheter de la nourriture et des billets d'autobus. Finalement, en juillet 1989, elle a eu 30 ans et a eu droit au plein montant de l'aide sociale, somme qui, majorée de celle qui lui était versée au titre de sa participation au programme Rattrapage scolaire, a fait grimper ses prestations mensuelles à 739 $.

IV. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Social Aid Act, R.S.Q., c. A-16, as amended by *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5 (repealed by *An Act respecting income security*, S.Q. 1988, c. 51, s. 92)

5. . . .

Ordinary needs are food, clothing, household and personal requirements and any other costs relating to the habitation of a house or lodging.

All other needs are special needs.

6. Social aid shall meet the ordinary and special needs of any family or individual lacking means of subsistence.

11. The Minister may propose a recovery plan to a family or individual who is receiving or who applies for social aid.

The recovery plan may include, in particular, the participation of an individual or a member of a family in a program of work activities or a training program established by the Minister in view of developing the recipient's qualifications for an employment.

The criteria of eligibility to a program established under the second paragraph may take the recipient's age into account.

11.1 The Government, by regulation, shall designate to which work activities programs or training programs sections 11.2 to 11.4 apply.

11.2 In the case of an individual or a family having no dependent child, needs relating to a recipient's participation in a designated program are special needs to the extent determined by regulation for each program.

In all other cases, needs described in the first paragraph are special needs to the extent determined by the Minister for each recipient, but not in excess of the amount determined by regulation.

31. In addition to the other regulatory powers assigned to it by this act, the Gouvernement [*sic*], subject to the provisions of this act, may make regulations respecting:

. . .

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur l'aide sociale, L.R.Q., ch. A-16, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5 (abrogée par la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.Q. 1988, ch. 51, art. 92) 171

5. . . .

Sont des besoins ordinaires la nourriture, le vêtement, les nécessités domestiques et personnelles ainsi que les autres frais afférents à l'habitation d'une maison ou d'un logement.

Tous les autres besoins sont des besoins spéciaux.

6. L'aide sociale comble les besoins ordinaires et spéciaux d'une famille ou personne seule qui est privée de moyens de subsistance.

11. Le ministre peut proposer un plan de relèvement à une famille ou à une personne seule qui reçoit l'aide sociale ou en fait la demande.

Ce plan de relèvement peut notamment comprendre la participation d'une personne seule ou d'un membre d'une famille à un programme d'activités de travail ou de formation établi par le ministre en vue de développer l'aptitude des bénéficiaires à occuper un emploi.

Les critères d'admissibilité à un tel programme peuvent tenir compte de l'âge du bénéficiaire.

11.1 Le gouvernement désigne par règlement les programmes d'activités de travail ou de formation auxquels s'appliquent les articles 11.2 à 11.4.

11.2 Dans le cas d'une personne seule ou d'une famille sans enfant à charge, les besoins relatifs à la participation d'un bénéficiaire à un programme désigné constituent des besoins spéciaux dans la mesure déterminée par règlement pour chaque programme.

Dans les autres cas, ils constituent des besoins spéciaux dans la mesure déterminée par le ministre pour chaque bénéficiaire, sans toutefois excéder le montant déterminé par règlement.

31. En outre des autres pouvoirs de réglementation qui lui sont conférés par la présente loi, le gouvernement peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, adopter des règlements concernant :

. . .

(*e*) the extent to which the ordinary needs of a family or individual may be met through social aid and the methods whereby such needs must be proven and appraised; in determining what the aid shall be, account may be taken of the age or capacity for work of an individual or of the members of a family having no dependent children, having had no children who are deceased, or the fact that a family or individual is living with a relative or a child;

Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1

(This is the text of the pertinent sections of the Regulation as it appeared on April 17, 1985.)

23. The ordinary needs of a household shall be determined in terms of its members, each month, according to the following scale:

Adults	*Dependent children*	*Ordinary needs*
1	0	357 $
1	1	488
1	2 and over	526
2	0	568
2	1	615
2	2 and over	651

However, the ordinary needs can be accorded only insofar as the costs a household incurs for lodging on a monthly basis within the meaning of section 27 are equal to or greater than 85 $ for a family and 65 $ for a single person. The ordinary needs are reduced by the amount by which these costs fall short of these amounts.

29. Aid for ordinary needs shall not exceed:

(*a*) 121 $ per month, in the case of an individual capable of working and less than 30 years of age;

(*b*) twice the monthly amount prescribed in subparagraph *a* for a family without dependent children, where both consorts are able-bodied and under 30 years of age.

In the case of a family without children receiving uninterrupted aid following an application made before 1 July 1984, subparagraph *b* of the first paragraph does not apply if the said family had a child who died before 1 July 1984.

e) la mesure dans laquelle les besoins ordinaires d'une famille ou d'une personne seule peuvent être comblés au moyen de l'aide sociale et les méthodes suivant lesquelles ces besoins doivent être prouvés et évalués; dans la détermination de l'aide, il peut être tenu compte de l'âge, de l'aptitude au travail d'une personne seule ou des membres d'une famille sans enfant à charge ou n'en ayant pas eu qui soit décédé, ainsi que du fait qu'une famille ou une personne seule vit chez un parent ou un enfant;

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1

(Ceci est le texte des articles pertinents du Règlement au 17 avril 1985.)

23. Les besoins ordinaires d'un ménage sont établis en fonction des personnes qui le composent, chaque mois, d'après les barèmes qui suivent :

Adultes	*Enfants à charge*	*Besoins ordinaires*
1	0	357 $
1	1	488
1	2 et plus	526
2	0	568
2	1	615
2	2 et plus	651

Cependant, les besoins ordinaires ne peuvent être accordés que dans la mesure où les frais qu'un ménage encourt pour se loger sur une base mensuelle au sens de l'article 27 sont égaux ou supérieurs à 85 $ pour une famille et à 65 $ pour une personne seule. Les besoins ordinaires sont réduits de la somme par laquelle ces frais sont inférieurs à ces montants.

29. L'aide pour besoins ordinaires ne peut excéder :

a) 121 $ par mois, pour une personne seule apte au travail et de moins de 30 ans;

b) 2 fois le montant prévu au paragraphe *a* par mois, pour une famille sans enfant à charge, si les deux conjoints sont aptes au travail et ont moins de 30 ans.

Dans le cas d'une famille sans enfant qui reçoit de l'aide sans interruption suite à une demande faite avant le 1er juillet 1984, le paragraphe *b* du premier alinéa ne s'applique pas si cette famille a eu un enfant qui est décédé avant le 1er juillet 1984.

For the month in which the application was made, the amounts prescribed in the first paragraph represent the ordinary needs of the household. The latter are apportioned in the manner indicated in section 10.

35.0.1 Sections 11.2 to 11.4 of the Act shall apply to the following programs established by the Minister under section 11 of the Act:

(*a*) On-the-job Training Program;

(*b*) Community Work Program.

Section 11.2 of the Act shall also apply to the Remedial Education Program.

35.0.2 In order to develop employability, an amount of 150 $ is granted to the single person or to the adult of a family without dependent children for a complete month during which he participates in a program subject to section 35.0.1.

In the case of a participant in the Remedial Education Program whose work load established by the school is less than 60 hours per month, an amount of 150 $ is deducted on the basis of the number of hours of work in relation to 60.

35.0.5 The amount provided in section 35.0.2 or determined by the Minister under section 35.0.3, except for child care expenses, is reduced on the basis of unauthorized hours of absence under programs subject to section 35.0.1 for the said month with respect to the required hours of participation.

In the case of the Remedial Education Program, the deduction is established according to unauthorized hours of absence from classes under this program with respect to the monthly number of class hours.

35.0.6 No reduction is made when the unauthorized hours of absence do not exceed 5 % of the hours of participation established for a participant during the month.

35.0.7 The aid shall also meet the cost required by a person attending a vocational training course that makes this person eligible for an allowance under the National Vocational Training Program Act (S.C., 1980-81-82-83, c. 109).

This cost is equal to the amount of the allowance paid, as reduced under subparagraph *f* of section 40.

For recipients covered by section 29, the cost is equal to the same amount less the difference between ordinary needs under section 23 and the amount prescribed in section 29.

However, it shall not exceed:

Pour le mois de la demande, les montants prévus au premier alinéa représentent les besoins ordinaires du ménage. Ceux-ci sont fractionnés de la manière indiquée à l'article 10.

35.0.1 Les articles 11.2 à 11.4 de la Loi s'appliquent aux programmes suivants établis par le ministre en vertu de l'article 11 de la Loi :

a) le programme Stages en milieu de travail;

b) le programme Travaux communautaires.

L'article 11.2 de la Loi s'applique en outre au programme Rattrapage scolaire.

35.0.2 En vue de développer son aptitude à occuper un emploi, un montant de 150 $ est versé à la personne seule ou à l'adulte d'une famille sans enfant à charge pour un mois complet de participation à un programme visé à l'article 35.0.1.

Dans le cas d'un participant au programme Rattrapage scolaire dont la charge de travail établie par l'institution scolaire est inférieure à 60 heures par mois, le montant de 150 $ est réduit au prorata du nombre d'heures de charge de travail par rapport à 60.

35.0.5 Le montant prévu à l'article 35.0.2 ou déterminé par le ministre en vertu de l'article 35.0.3, sauf quant aux frais de garde, est réduit au prorata des heures d'absence non autorisée en vertu des programmes visés à l'article 35.0.1 au cours de ce mois par rapport aux heures de participation exigées.

Dans le cas du programme Rattrapage scolaire, la réduction est établie en fonction des heures d'absence non autorisée aux cours en vertu de ce programme par rapport au nombre d'heures de cours par mois.

35.0.6 Aucune réduction n'est faite si les heures d'absence non autorisée ne totalisent pas plus de 5 % des heures de participation fixées pour un participant au cours de ce mois.

35.0.7 L'aide comble également le coût nécessité par le fait qu'une personne suive un cours de formation professionnelle qui la rend admissible à une allocation visée dans la Loi constituant un programme national de formation professionnelle (S.C., 1980-81-82-83, chap. 109).

Ce coût est égal au montant de l'allocation versée, telle que réduite en vertu du paragraphe *f* de l'article 40.

Dans le cas des bénéficiaires visés à l'article 29, ce coût est égal au même montant, duquel on soustrait la différence entre les besoins ordinaires déterminés à l'article 23 et le montant prévu à l'article 29.

Dans tous les cas, ce coût ne peut toutefois excéder :

i. for a family, 40 $ plus 5 $ per dependent child, plus 50 $ in the case of a family including only one adult;

ii. for a single person, 25 $;

The maximum provided in the fourth paragraph shall not apply to the month in which courses begin if aid for ordinary needs has been granted for at least 3 consecutive months without this paragraph having been applied during the six preceding months.

Section 35.0.2 was amended, effective August 1, 1985, by O.C. 1542-85, 24 July 1985, (1985) 117 O.G. II 3690, s. 1 as follows:

35.0.2 To assist in developing aptitudes for work, an amount is granted as a special need to the single person or to a spouse in a family without dependent children, for a complete month of participation in a program subject to section 35.0.1.

This amount is equal to the amount obtained when 100 $ is subtracted from the difference between the amount paid subject to the first paragraph of section 23, taking into account section 31, to a single person under 30 years of age and the maximum amount paid under section 29, taking into account section 31, to a single person under 30 years of age.

In the case of a participant in the Remedial Education Program whose course schedule is under 60 hours per month, the amount is reduced to a prorata of the number of actual course hours with respect to 60.

The Regulation was amended, effective April 30, 1986, by *Regulation respecting social aid (Amendment)*, O.C. 555-86, 23 April 1986, (1986) 118 O.G. II 605, ss. 1, 3:

23. The ordinary needs of a household shall be determined in terms of its members, each month, according to the following scale:

Adults	*Dependent children*	*Ordinary needs*
1	0	448
1	1	609
1	2 and over	659
2	0	712
2	1	769
2	2 and over	815

i. pour une famille, un montant égal à 40 $ plus 5 $ par enfant à charge, plus 50 $ dans le cas d'une famille comprenant un seul adulte;

ii. Pour une personne seule, un montant égal à 25 $;

Le maximum prévu au quatrième alinéa ne s'applique pas pour le mois où débutent les cours si l'aide pour besoins ordinaires est versée depuis au moins trois mois consécutifs sans que le présent alinéa ne se soit appliqué dans les six mois précédents.

L'article 35.0.2 a été modifié par le décret 1542-85, le 24 juillet 1985, (1985) 117 G.O. II 5318, art. 1, et la modification est entrée en vigueur le 1er août 1985 :

35.0.2 En vue de développer son aptitude à occuper un emploi, un montant est versé à titre de besoin spécial à la personne seule ou à l'adulte d'une famille sans enfant à charge pour un mois complet de participation à un programme visé à l'article 35.0.1.

Ce montant est égal au montant obtenu en soustrayant 100 $ à la différence entre le montant versé suivant le premier alinéa de l'article 23, compte tenu de l'article 31, à une personne seule de 30 ans et plus et le montant maximum versé suivant l'article 29, compte tenu de l'article 31, à une personne seule de moins de 30 ans.

Dans le cas d'un participant au programme Rattrapage scolaire dont la charge de travail établie par l'institution scolaire est inférieure à 60 heures par mois, ce montant est réduit au prorata du nombre d'heures de charge de travail par rapport à 60.

Le Règlement a été modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur l'aide sociale*, pris par le décret 555-86, le 23 avril 1986, (1986) 118 G.O. II 1193, art. 1, 3, et la modification est entrée en vigueur le 30 avril 1986 :

23. Les besoins ordinaires d'un ménage sont établis en fonction des personnes qui le composent, chaque mois, d'après le barème qui suit :

Adultes	*Enfants à charge*	*Besoins ordinaires*
1	0	448
1	1	609
1	2 et plus	659
2	0	712
2	1	769
2	2 et plus	815

However, the ordinary needs of a household living with a parent or a child are reduced by 85 $.

In all other cases, the ordinary needs are reduced by the amount by which the costs incurred by the household for lodging on a monthly basis within the meaning of section 27 are less than 85 $ for a family or less than 65 $ for a single person.

29. Aid for ordinary needs shall not exceed:

(*a*) 163 $ per month, in the case of an individual capable of working and less than 30 years of age;

(*b*) twice the monthly amount prescribed in subparagraph *a* for a family without dependent children, where both consorts are able-bodied and under 30 years of age.

The amounts provided for in the first paragraph are increased by 8 $ per adult except:

(*a*) when the household lives with a parent or child;

(*b*) when a single person lives with a foster family;

(*c*) when the household lives in housing administered by a municipal housing bureau constituted under the Act respecting the Société d'habitation du Québec (R.S.Q., c. S-8).

In the case of a family without children receiving uninterrupted aid following an application made before 1 July 1984, subparagraph *b* of the first paragraph does not apply if the said family had a child who died before 1 July 1984.

For the month in which the application was made, the amounts prescribed in the first paragraph represent the ordinary needs of the household. The latter are apportioned in the manner indicated in section 10. [Emphasis added.]

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

Toutefois, les besoins ordinaires d'un ménage qui vit chez un parent ou un enfant sont réduits de 85 $.

Dans les autres cas, les besoins ordinaires sont réduits de la somme par laquelle les frais encourus par le ménage pour se loger sur une base mensuelle au sens de l'article 27 sont inférieurs à 85 $ pour une famille ou à 65 $ pour une personne seule.

29. L'aide pour besoins ordinaires ne peut excéder :

a) 163 $ par mois, pour une personne seule apte au travail et de moins de 30 ans;

b) 2 fois le montant prévu au paragraphe *a* par mois, pour une famille sans enfant à charge, si les deux conjoints sont aptes au travail et ont moins de 30 ans.

Les montants prévus au premier alinéa sont majorés de 8 $ par adulte sauf :

a) lorsque le ménage vit chez un parent ou enfant;

b) lorsqu'une personne seule est hébergée dans une famille d'accueil;

c) lorsque le ménage habite un logement administré par un office municipal d'habitation constitué en vertu de la Loi sur la Société d'habitation du Québec (L.R.Q., c. S-8).

Dans le cas d'une famille sans enfant qui reçoit de l'aide sans interruption suite à une demande faite avant le 1er juillet 1984, le paragraphe *b* du premier alinéa ne s'applique pas si cette famille a eu un enfant qui est décédé avant le 1er juillet 1984.

Pour le mois de la demande, les montants prévus au premier alinéa représentent les besoins ordinaires du ménage. Ceux-ci sont fractionnés de la manière indiquée à l'article 10. [Je souligne.]

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou d'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

53. If any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

. . .

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

. . .

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Constitution Act, 1982

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

Act respecting the Constitution Act, 1982, R.S.Q., c. L-4.2

1. Each of the Acts adopted before 17 April 1982 is replaced by the text of each of them as they existed at that date, after being amended by the addition, at the end and as a separate section, of the following:

"This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom)."

The text so amended of each of these Acts constitutes a separate Act.

No such Act is to be construed as new law except for the purposes of section 33 of the Constitution Act, 1982; for all other purposes, it has force of law as if it were a consolidation of the Act it replaces.

Every provision of such an Act shall have effect from the date the provision it replaces took effect or is to take effect.

Such an Act must be cited in the same manner as the Act it replaces.

V. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [1992] R.J.Q. 1647

In his reasons of May 27, 1992, Reeves J. ruled in favour of the defendant government, holding that the legislation in question did not infringe any of the rights claimed by the plaintiff.

With regard to the claim under s. 7 of the *Canadian Charter*, Reeves J. characterized life, liberty and security of the person as rights that do not include purely economic interests. He founded this

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

Loi constitutionnelle de 1982

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

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.R.Q., ch. L-4.2

1. Chacune des lois adoptées avant le 17 avril 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient à cette date, après l'avoir modifiée par l'addition, à la fin et comme article distinct, de ce qui suit :

« La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982). »

Le texte ainsi modifié de chacune de ces lois constitue une loi distincte.

Une telle loi ne fait office de droit nouveau qu'aux fins de l'article 33 de la Loi constitutionnelle de 1982; à toutes autres fins, elle a force de loi comme s'il s'agissait d'une refonte de la loi qu'elle remplace.

Chacune des dispositions d'une telle loi a effet à compter de la date où la disposition qu'elle remplace a pris effet ou doit prendre effet.

Une telle loi doit être citée de la même façon que la loi qu'elle remplace.

V. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*, [1992] R.J.Q. 1647

172 Dans ses motifs datés du 27 mai 1992, le juge Reeves de la Cour supérieure du Québec a statué en faveur du gouvernement défendeur, estimant que la mesure législative en question ne portait atteinte à aucun des droits invoqués par la demanderesse.

173 Relativement à la demande fondée sur l'art. 7 de la *Charte canadienne*, le juge Reeves a considéré que le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ne comporte pas

conclusion on the fact that the right to property was specifically excluded from the *Canadian Charter* at the time of its drafting. Moreover, he noted that s. 7, along with ss. 8 to 14 of the *Canadian Charter*, fell under the heading "Legal Rights", thus requiring a link to the administration of justice. Finally, he held that the term "security of the person" did not apply to the benefit of social assistance because such a right would require the state to take positive actions. Reeves J. held that s. 7 protects only negative rights, such as the right to be free of any state intrusion upon the security of one's person.

174 In analysing the discriminatory nature of the legislation under s. 15 of the *Canadian Charter*, Reeves J. emphasized the fact that not all differences in treatment will result in discrimination. He held that the essence of equality is a respect for differences, and that substantive equality did not necessarily signify uniformity of treatment — different people must sometimes be treated differently. He therefore concluded that the Act was not discriminatory because young adults generally have a better chance of integrating into the job market and need to be encouraged to do so. Moreover, he found that since participation in the employment programs would result, under the law, in an income for young adults equal to that of those 30 or over, equality could be achieved, and thus there was no discrimination.

175 On the s. 45 of the *Quebec Charter* issue, Reeves J. held that the term "provided for by law" limited the obligation that this section places on the government. As a result of this wording, he held that the government was free to limit the obligations that it undertook in providing financial and social assistance. More importantly, Reeves J. held that since s. 52 stipulates that "No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38", it does not apply to s. 45. He therefore concluded that s. 45 could not confer the right

d'intérêts de nature purement économique. Il a fondé sa conclusion sur le fait que le législateur a écarté de façon particulière l'inscription du droit à la propriété dans la *Charte canadienne*. De plus, le juge Reeves a précisé que l'art. 7 de même que les art. 8 à 14 de la *Charte canadienne* figurent sous la rubrique « Garanties juridiques » et que, de ce fait, il est nécessaire d'établir l'existence d'un lien avec l'administration de la justice. Enfin, il a affirmé que l'expression « sécurité de [l]a personne » ne saurait inclure le droit à l'assistance sociale, puisqu'un tel droit exigerait de l'État qu'il prenne des mesures concrètes. Le juge Reeves a conclu que l'art. 7 ne protège que des droits « négatifs », par exemple le droit de l'individu de ne pas être victime d'atteinte par l'État à la sécurité de sa personne.

Dans son analyse du caractère discriminatoire du texte de loi au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, le juge Reeves a insisté sur le fait que les différences de traitement n'entraînent pas toutes de la discrimination. Il a estimé que l'essence de l'égalité est le respect des différences, et qu'égalité réelle ne signifie pas nécessairement uniformité de traitement — certaines personnes devant parfois être traitées différemment des autres. Il a en conséquence conclu que le texte de loi contesté n'était pas discriminatoire, étant donné que les jeunes adultes ont généralement de meilleures chances de s'intégrer dans la population active et qu'il faut les encourager à le faire. En outre, il a jugé que, comme la participation aux programmes d'emploi permettait aux jeunes adultes de toucher, en vertu de la loi, un revenu égal à celui des bénéficiaires de 30 ans et plus, l'égalité pouvait être réalisée et que, par conséquent, il y avait absence de discrimination.

En ce qui concerne la question de l'art. 45 de la *Charte québécoise*, le juge Reeves a conclu que l'expression « prévues par la loi » limite l'obligation que cette disposition impose à l'État et que, en conséquence, le législateur était libre de limiter les obligations qu'il prenait en accordant de l'aide financière et sociale. Élément plus important encore, le juge Reeves a estimé que, comme l'art. 52 dispose qu'« [a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38 », cet article ne s'applique pas à l'art. 45. En

to damages and serves only as a general statement of policy by the Quebec legislature.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 1033

The claimant appealed the case to the Quebec Court of Appeal. In its decision of April 23, 1999, the Court of Appeal dismissed the appeal, Robert J.A. dissenting. The court ruled in three separate judgments, each judge deciding differently with regards to the application of s. 15 of the *Canadian Charter*.

The three justices, Robert, Baudouin and Mailhot JJ.A., agreed that s. 7 was not violated. Their primary reason for reaching this conclusion was that s. 7 of the *Canadian Charter* was designed to protect legal rights. Here, they found that there was not a sufficient link between the appellant's claim and the justice system. They also rejected the appellant's argument that the government's institution of a social assistance program had somehow created a right to social assistance protected by the right to security of the person. In taking this position, Robert and Baudouin JJ.A., who both wrote on the issue, held that s. 7 of the *Canadian Charter* only applied to negative rights and not to the positive social rights being claimed by the appellant.

The three justices offered separate analysis of the s. 15 claim. Mailhot J.A. held that under the test set out by this Court in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the legislation did not constitute an infringement of s. 15. She held that, as in *Law*, the distinction that this legislation made on the basis of age, when viewed in the context of the legislation as a whole, is not an affront to human dignity.

Robert J.A. held that the legislation constituted a violation of s. 15 that was not demonstrably justified under s. 1. Having established that s. 29(*a*) of the Regulation created a distinction on the basis of the

conséquence, il a jugé que l'art. 45 ne pouvait conférer le droit à des dommages-intérêts et qu'il constitue seulement un énoncé général de politique par le législateur québécois.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 1033

176 La demanderesse a interjeté appel auprès de la Cour d'appel du Québec, qui l'a déboutée dans une décision rendue le 23 avril 1999, le juge Robert étant dissident. Les trois juges ont exposé des motifs, chacun statuant différemment sur l'application de l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

177 Les juges Robert, Baudouin et Mailhot étaient tous d'avis qu'il n'y avait pas violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Cette conclusion reposait principalement sur le fait que cet article vise à protéger les garanties juridiques. En l'espèce, ils ont conclu à l'absence de lien suffisant entre la demande de l'appelante et le système de justice. Ils ont également rejeté l'argument de celle-ci voulant que l'établissement par le gouvernement d'un programme d'aide sociale avait d'une certaine façon créé un droit à l'aide sociale garanti par le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Les juges Robert et Baudouin, qui ont tous deux écrit sur cette question, ont estimé que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne s'applique qu'aux droits « négatifs » et non aux droits de nature sociale « positifs » revendiqués par l'appelante.

178 Chaque juge a fait sa propre analyse de l'argument fondé sur l'art. 15. Madame le juge Mailhot a estimé que, suivant le critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le texte de loi contesté ne portait pas atteinte aux droits garantis à l'art. 15 et que, tout comme dans cet arrêt, la distinction fondée sur l'âge établie par le texte de loi ne constituait pas un affront à la dignité humaine lorsqu'on l'examinait dans le contexte de l'ensemble de la législation pertinente.

179 Le juge Robert a conclu que la disposition contestée portait atteinte aux droits garantis par l'art. 15 et que cette atteinte ne pouvait être justifiée suivant l'article premier. Après avoir déterminé que

enumerated characteristic of age, Robert J.A. turned to the question of whether the legislation was substantively discriminatory under the terms of s. 15 of the *Canadian Charter*. In so doing, he examined the effects of the legislation and placed considerable weight on the evidence that 73 percent of all social assistance recipients under the age of 30 received only the reduced benefit. He found that there was enough evidence to show that the effect of the legislation was to deny to those under 30 an advantage of the law enjoyed by those 30 and over.

180 He was also particularly concerned by the fact that there were not enough places available in the programs in order for every young person on social assistance to have participated. Moreover, he found that, even when an individual did take part in one of the educational programs, there were periods, such as when they were on waiting lists, during which they only received the smaller amount. This weighed in favour of a finding of discrimination. He also noted that because the Remedial Education Program provided increased benefits amounting to $100 less than the base amount, only 11 percent of the young people in the group actually received the base amount allocated to all those 30 and over. He concluded that the legislation was discriminatory and harmful to the dignity of the appellant and members of her group; there was therefore a violation of s. 15 of the *Canadian Charter*.

181 While they agreed on the application of s. 15, Robert and Baudouin JJ.A. differed in their s. 1 analysis. Robert J.A. held that the provision was not demonstrably justifiable in a free and democratic society, while Baudouin J.A. found that the government had met its burden and upheld the law under s. 1.

182 In defining the objective of the legislation, Robert J.A. held that the differentiation served two

l'al. 29*a*) du Règlement établissait une distinction fondée sur un motif énuméré — l'âge —, le juge Robert s'est demandé si cette disposition était source de discrimination réelle au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Ce faisant, il s'est interrogé sur les effets de la disposition et accordé beaucoup d'importance au fait que 73 p. 100 de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avaient reçu uniquement les prestations réduites. Il a estimé qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve établissant que la disposition contestée avait eu pour effet de priver les personnes de moins de 30 ans du bénéfice de la loi accordée aux 30 ans et plus.

Le juge Robert était également très préoccupé par le fait qu'il n'y avait pas suffisamment de places pour permettre à tous les prestataires de moins de 30 ans de participer aux programmes. Qui plus est, il a constaté qu'il y avait des périodes où, même si une personne était inscrite à l'un des programmes de formation, elle continuait de recevoir les prestations réduites, par exemple lorsque son nom figurait sur une liste d'attente. Ce facteur incitait à conclure à l'existence de discrimination. Le juge Robert a aussi fait remarquer que, du fait que les prestations majorées versées dans le cadre du programme Rattrapage scolaire étaient inférieures de 100 $ au montant de base, seulement 11 p. 100 des prestataires de moins de 30 ans dans le groupe avaient reçu le montant de base accordé aux 30 ans et plus. Il a conclu que le texte de loi était discriminatoire et avait porté atteinte à la dignité de l'appelante et à celle des membres de son groupe, et qu'il y avait eu en conséquence violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

Bien que d'accord sur l'application de l'art. 15, les juges Robert et Baudouin ont divergé d'opinion dans leur analyse fondée sur l'article premier. Le juge Robert a estimé que la disposition contestée ne pouvait se justifier dans une société libre et démocratique, alors que le juge Baudouin a conclu que le gouvernement s'était acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait et il a confirmé la validité de cette disposition au regard de l'article premier.

En définissant l'objectif de la loi, le juge Robert a estimé que la distinction servait deux objectifs, soit

objectives, [TRANSLATION] "(1) to avoid making the program too attractive, and (2) to encourage incitement to work and reintegration into the workplace" (p. 1073). Given the economic situation of the early 1980s, Robert J.A. found that these objectives, particularly that of encouraging integration into the workplace, were pressing and substantial.

Under the heading of minimal impairment, Robert J.A. found that the regime of conditional aid for young people did not limit the right as little as possible. For the most part, he based this finding on the fact that the option of participation in the employment programs was limited by the number of places made available, the lack of information offered to beneficiaries about these programs, and the various criteria which guaranteed that not all those who wished to participate would have that opportunity. The fact that the Remedial Education Program did not result in a complete supplementation of the lower level of assistance was another factor that led him to conclude that the regime was not minimally impairing.

For the legislation to have been upheld at this stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), Robert J.A. held that the government would have had to have shown that the criteria for admission to the educational programs were flexible enough to allow anyone under the age of 30 to be admitted and that the government was acting in a reasonable manner in determining the conditions under which a young beneficiary would be able to receive an increase in assistance. In his view, it is reasonable to expect that the government should offer such flexibility given that young adults would otherwise receive assistance that was one third of that received by those 30 or over, well below a subsistence level. Robert J.A. therefore concluded that the distinction in benefits created by s. 29(*a*) of the Regulation could not be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*.

celui « 1) d'éviter l'effet d'attraction au régime et [celui] 2) de favoriser l'incitation et la réintégration au travail » (p. 1073). Compte tenu de la situation économique qui existait au début des années 80, il a jugé que ces objectifs, notamment l'incitation à réintégrer le marché du travail, avaient un caractère urgent et réel.

183 En ce qui concerne l'atteinte minimale, le juge Robert a conclu que le régime d'aide conditionnelle ne portait pas atteinte le moins possible au droit concerné. Il a fondé sa conclusion en grande partie sur les éléments suivants : le fait que la possibilité de participer aux programmes d'emploi était limitée par le nombre de places disponibles, le peu d'information qui était donné aux prestataires sur ces programmes et l'existence de critères d'admissibilité faisant nécessairement en sorte que les intéressés n'auraient pas tous la chance de participer à ceux-ci. Enfin, le fait que le programme Rattrapage scolaire ne permettait pas aux intéressés de hausser complètement les prestations réduites au niveau de base est un autre facteur qui a amené le juge Robert à conclure que le régime ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale.

184 De conclure le juge Robert, pour que la validité de la disposition contestée soit maintenue à cette étape de l'application du critère établi dans l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), il aurait fallu que le gouvernement démontre, d'une part, que les conditions d'admissibilité aux programmes de formation étaient suffisamment souples pour que toute personne de moins de 30 ans puisse y participer et, d'autre part, qu'il avait agi de façon raisonnable en fixant les conditions permettant aux jeunes bénéficiaires de toucher des prestations majorées. De l'avis du juge Robert, il était raisonnable de s'attendre à ce que le gouvernement fasse preuve d'une telle souplesse, sinon les jeunes adultes ne recevraient qu'une aide égale au tiers de celle touchée par les prestataires de 30 ans et plus et de ce fait bien inférieure au niveau de subsistance. Le juge Robert a en conséquence conclu que la distinction établie par l'al. 29*a*) du Règlement relativement au montant des prestations ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*.

185 Baudouin J.A. disagreed with Robert J.A.'s approach to the minimal impairment issue. He approached the analysis with considerable reticence, given the fact that, in his view, [TRANSLATION] "it is easy for the courts, several years after the alleged infringement, in an entirely different context and without the political, economic and social constraints of governments, to criticize their decisions and set themselves up as legislators" (p. 1045).

186 While he agreed that the educational programs put into place were not a success, he found that the failure of these programs could not be linked to the conditions that were placed on participation. In this case, he placed some responsibility on the members of the group for having chosen not to participate in the programs. Moreover, he disagreed with the importance that Robert J.A. gave to the fact that there were not enough spaces available for all those under 30 to have participated, holding that it would be absurd for the government to have been forced to open 75 000 places when not even the 30 000 available places were filled.

187 Thus, Baudouin J.A. concluded that the government had met its burden of showing that its programs were minimally impairing and that its deleterious effects were reasonably proportional to the salutary effects. In doing so, he emphasized that just because a program is not a success should not be enough for a court to conclude that the means were not proportional to the objective sought.

188 Because he was the only justice to find that there had been a *Canadian Charter* infringement that was not upheld by s. 1, Robert J.A. was the only one to deal with the issue of remedy. He held that the most appropriate remedy would be to declare both ss. 29(*a*) and 23 of the Regulation invalid, since it was clear that the government would not have adopted that regulation without s. 29(*a*). However, due to the consequences of such a declaration, he held that it should be suspended for a period.

Le juge Baudouin n'a pas souscrit à l'analyse du juge Robert sur la question de l'atteinte minimale. Il a abordé cette analyse avec beaucoup de circonspection car, à son avis, « il est facile pour les tribunaux, plusieurs années après l'atteinte reprochée, dans un tout autre contexte et sans les contraintes politiques, économiques et sociales des gouvernements, de critiquer leurs décisions et de s'ériger eux-mêmes en législateur » (p. 1045).

Bien que lui aussi d'avis que les programmes de formation mis en place n'avaient pas été un succès, le juge Baudouin a estimé que l'échec de ces programmes ne pouvait être lié aux conditions de participation à ceux-ci. Il a imputé une partie de cet échec aux membres du groupe qui ont choisi de ne pas y participer. De plus, le juge Baudouin a estimé que le juge Robert avait accordé trop d'importance au fait que les programmes n'étaient pas en mesure d'accueillir tous les prestataires de moins de 30 ans, jugeant qu'il aurait été absurde d'obliger le gouvernement à ouvrir 75 000 places alors que les 30 000 places disponibles n'étaient même pas remplies.

Par conséquent, le juge Baudouin a conclu que le gouvernement s'était acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que ses programmes ne constituaient qu'une atteinte minimale et qu'il existait une proportionnalité raisonnable entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques. À cet égard, il a souligné que le seul fait qu'un programme ne soit pas une réussite ne permet pas à un tribunal de conclure à l'absence de proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif visé.

Ayant été le seul à conclure à l'existence d'une violation de la *Charte canadienne* qui ne pouvait être justifiée suivant l'article premier, le juge Robert a en conséquence été le seul à examiner la question de la réparation. Il a estimé que celle qui convenait le mieux en l'espèce consistait à déclarer inopérants et l'al. 29*a*) et l'art. 23 du Règlement, puisqu'il était évident que le législateur n'aurait pas pris le texte réglementaire en question sans l'al. 29*a*). Cependant, vu les conséquences d'une telle déclaration, le juge Robert a conclu qu'il y avait lieu d'en suspendre l'effet pendant un certain temps.

Robert J.A. then rejected the appellant's claim for compensation for herself and the members of her class. In order for damages to be ordered following a s. 52 declaration of unconstitutionality, he held that there had to be some correlation between the remedy ordered under s. 52 and s. 24(1): *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.

189 Le juge Robert a ensuite rejeté la demande d'indemnisation présentée par l'appelante pour elle-même et pour les membres du groupe qu'elle représente. Pour que des dommages-intérêts puissent être accordés par suite d'une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52, le juge a précisé qu'il doit exister une certaine corrélation entre la réparation accordée en vertu de l'art. 52 et celle fondée sur le par. 24(1) : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

On the issue of s. 45 of the *Quebec Charter*'s application to this case, two separate sets of reasons were delivered by the Court of Appeal. Baudouin J.A., Mailhot J.A. concurring, held that s. 45 had not been infringed. In interpreting the wording of the section, Baudouin J.A. held that the legislature would not, through s. 45, have adopted an obligation as massive as that of providing social assistance, while setting out strict limitations for the other economic rights. He therefore held that s. 45, like the other sections in the economic rights chapter of the *Quebec Charter*, only provided Quebec residents with a right to be provided access to whatever social assistance might exist, without discrimination.

190 Relativement à l'application de l'art. 45 de la *Charte québécoise* en l'espèce, deux juges ont exposé des motifs sur la question. Le juge Baudouin, avec l'appui du juge Mailhot, a conclu à l'absence de violation de l'art. 45. Dans son interprétation du libellé de cette disposition, le juge Baudouin a affirmé que le législateur ne se serait pas imposé, au moyen de cet article, une obligation aussi considérable que celle de fournir une assistance financière, tout en assortissant de limites strictes les autres droits économiques. Le juge Baudouin a en conséquence estimé que, à l'instar des autres articles du chapitre relatif aux droits économiques de la *Charte québécoise*, l'art. 45 ne fait que garantir aux résidents du Québec un droit d'accès, sans discrimination, aux mesures d'assistance financière susceptibles d'exister.

Upon examination of the context, as well as the language used in the adjoining sections, Robert J.A. held that s. 45 did in fact create a positive right to social assistance, and that it had been infringed. Whereas the other sections of the economic rights chapter of the *Quebec Charter* were drafted with explicit limitations, such as "to the extent provided by law" (emphasis added) in s. 44, in the case of s. 45 there is a specifically different phrasing that is not used in any other section. Robert J.A. held that these differences must mean something; he found that s. 45 did not contain an internal limitation.

191 Après avoir examiné le contexte, de même que le libellé des dispositions voisines, le juge Robert a conclu que l'art. 45 crée effectivement un droit positif à l'aide sociale et que ce droit avait été violé. Alors que les autres dispositions du chapitre sur les droits économiques de la *Charte québécoise* sont assorties de limites expresses, par exemple les mots « dans la mesure prévue par la loi » (je souligne) à l'art. 44, le texte de l'art. 45 est formulé d'une manière différente de toutes les autres dispositions. Le juge Robert a estimé que ces différences ont forcément une raison d'être et que l'art. 45 ne comporte pas de limite intrinsèque.

Robert J.A. went on to hold that s. 45 had been infringed. Nevertheless, he found that no award for damages could be awarded under s. 49 because, in order to make such an order, there must be wrongful

192 Le juge Robert a ensuite conclu à la violation de l'art. 45. Néanmoins, il a jugé que des dommages-intérêts ne pouvaient être accordés en vertu de l'art. 49, puisqu'il n'y a ouverture à cette réparation

conduct by a party. He held that the fact that a provision is found to be unconstitutional does not amount to a finding of wrongful conduct on the part of the government.

193 The claimant appealed the Quebec Court of Appeal's decision to this Court.

VI. Issues

194 The following four constitutional questions were stated by the Chief Justice on November 1, 2000:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

195 The appellant also makes a claim under s. 45 of the *Quebec Charter*.

VII. Analysis

A. *Procedural Issues*

196 The history of this case spans three decades. On July 29, 1986, the appellant filed a motion to authorize a class action suit pursuant to art. 1002 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. On December 11, 1986, Reeves J. of the

que si l'atteinte résulte d'un comportement fautif d'une partie. Il a estimé que le fait qu'une disposition soit déclarée inconstitutionnelle ne permet pas automatiquement de conclure à l'existence d'un comportement fautif de la part de l'État.

La demanderesse a interjeté appel à notre Cour contre la décision de la Cour d'appel du Québec.

VI. Les questions en litige

Voici les quatre questions constitutionnelles qui ont été formulées par le Juge en chef le 1er novembre 2000 :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appelante présente aussi une demande en vertu de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

VII. Analyse

A. *Les questions d'ordre procédural*

Les faits de la présente affaire couvrent trois décennies. Le 29 juillet 1986, conformément à l'art. 1002 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, l'appelante a déposé une requête visant à obtenir l'autorisation d'exercer un recours

Quebec Superior Court certified the group. He described the group as follows (at p. 1650):

[TRANSLATION] Individuals capable of working, aged 18 to 30 years, who are currently receiving welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) and/or who received welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) during any period since April 17, 1985, and/or who become or will be recipients of welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) from this day until the date of judgment in the present matter.

The final date to exclude one's self from the class was February 8, 1987.

While the legislation in question existed in its disputed form between 1984 and 1989, the operation of Quebec's *Act Respecting the Constitution Act, 1982*, means that the *Social Aid Act* operated notwithstanding the *Canadian Charter* until June 23, 1987. The *Social Aid Act* was amended to make all benefits conditional on July 31, 1989. Thus, it is only between those dates that the *Canadian Charter* applied to the present case. On the other hand, the *Quebec Charter* applied for the entire period. Despite the divergence in applicable dates, I would agree with the holding of Reeves J. that the events that transpired over the entire period may be examined in order to determine the constitutionality of the legislation.

As a result of this case being brought by means of a class action, the respondent raised two preliminary procedural issues before this Court. First, the government argues that a class action is an inappropriate method for bringing a direct action of invalidity. It contends that, pursuant to the holding of Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, an action for damages cannot be coupled with a declaratory action for invalidity and that Reeves J. should not have authorized the bringing of the class action because the facts

collectif. Le 11 décembre 1986, le juge Reeves de la Cour supérieure du Québec a décrit le groupe en ces termes (à la p. 1650) :

Les personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans, et qui sont actuellement bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) et/ou qui ont été bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) durant quelque période que ce soit depuis le 17 avril 1985, et/ou qui seront ou deviendront bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) de ce jour jusqu'à la date du jugement à intervenir dans la présente instance.

Les intéressés avaient jusqu'au 8 février 1987 pour se faire exclure du recours collectif.

197 Bien que le texte de loi en question existât, dans sa forme contestée, de 1984 et 1989, par suite de l'effet de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, la *Loi sur l'aide sociale* a produit ses effets indépendamment de la *Charte canadienne* jusqu'au 23 juin 1987. On a modifié la *Loi sur l'aide sociale* et rendu toutes les prestations conditionnelles le 31 juillet 1989. Par conséquent, ce n'est qu'entre ces deux dates que la *Charte canadienne* s'est appliquée à l'espèce. Par contre, la *Charte québécoise* s'est appliquée pendant toute la période pertinente. Malgré les différences entre les périodes visées, je suis d'avis, à l'instar du juge Reeves, que les événements survenus au cours de l'ensemble de la période peuvent être examinés pour statuer sur la constitutionnalité du texte de loi contesté.

198 Comme la présente affaire est un recours collectif, l'intimé a soulevé devant notre Cour deux questions d'ordre procédural préliminaires. Premièrement, le gouvernement plaide qu'un recours collectif n'est pas le moyen approprié pour intenter une action directe en déclaration d'invalidité. Il affirme d'une part que, selon la conclusion du juge Gonthier dans l'arrêt *Guimond*, précité, une action en dommages-intérêts ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité et, d'autre part, que le juge Reeves

alleged did not justify the conclusions sought. However, as Gonthier J. held in *Guimond*, the rule against coupling an action for a s. 24(1) remedy with a direct action under s. 52 is only a general rule. It was certainly within the discretion of Reeves J. to allow the class to be certified. Admittedly, obtaining a s. 24(1) order for damages pursuant to a declaration of invalidity is an unlikely outcome for any *Canadian Charter* complainant. However, rather than creating a bar to litigants who might be seeking one or the other type of remedy, this analysis is best dealt with when determining the appropriate remedy.

n'aurait pas dû autoriser le recours collectif puisque les faits allégués ne justifiaient pas les conclusions recherchées. Toutefois, comme l'a précisé le juge Gonthier dans *Guimond*, la règle interdisant de jumeler une action fondée sur le par. 24(1) à une action directe intentée en vertu de l'art. 52 ne constitue qu'une règle générale. La décision d'autoriser le recours collectif relevait certainement du pouvoir discrétionnaire du juge Reeves. Il faut reconnaître qu'il est peu probable qu'une demande fondée sur la *Charte canadienne* donne lieu au prononcé d'une ordonnance en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) par suite d'une déclaration d'invalidité. Cependant, plutôt que d'interdire d'emblée cette possibilité aux parties qui pourraient demander l'un ou l'autre type de réparation, il est préférable d'analyser cette question au moment de l'examen de la réparation convenable.

199 The second preliminary issue argued by the respondent is that the Superior Court was not a competent court to hear the constitutional arguments since the complainants could have, at any time after June 23, 1987, made an application to be heard by the Social Affairs Commission. In support of this, the respondent relies on the holding of this Court that an administrative body that is expressly empowered by legislative mandate to interpret or apply any law necessary to reach its findings has the power to apply the *Canadian Charter*: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

La deuxième question préliminaire soulevée par l'intimé est que la Cour supérieure n'était pas le tribunal compétent pour connaître des arguments constitutionnels, parce que, en tout temps après le 23 juin 1987, les plaignants auraient pu demander à être entendus par la Commission des affaires sociales. À l'appui de ce moyen, l'intimé fait valoir que notre Cour a jugé qu'un organisme administratif expressément habilité par la loi à interpréter ou à appliquer toute loi nécessaire pour rendre une décision possède le pouvoir d'appliquer la *Charte canadienne* : *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

200 While the above cases stand for the proposition that an administrative body could have jurisdiction to determine constitutional questions, they did not determine that such bodies have exclusive jurisdiction over such matters. In the later case of *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, McLachlin J. (as she then was) held that when an administrative body has been granted the authority to make orders under an Act or collective agreement, such body may constitute a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Canadian Charter*.

Bien que les arrêts susmentionnés permettent d'affirmer qu'un organisme administratif puisse être compétent pour trancher des questions constitutionnelles, ils n'ont pas établi que ces organismes ont compétence exclusive sur ces questions. Dans l'arrêt ultérieur *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu qu'un organisme administratif ayant reçu le pouvoir de rendre des ordonnances en vertu d'une loi ou d'une convention collective peut constituer un tribunal compétent

McLachlin J. noted that mandatory arbitration clauses in labour statutes may deprive the courts of concurrent jurisdiction. That case did not, however, deal with the question of whether a declaration of invalidity, such as the one being sought here, can be made by an administrative body. Indeed, La Forest J. held in *Cuddy Chicks*, *supra*, that such a body can only declare an impugned provision invalid for the purposes of the matter before it (p. 17).

pour l'application du par. 24(1) de la *Charte canadienne*. Le juge McLachlin a souligné que les clauses d'arbitrage obligatoire prévues par les lois sur les relations du travail peuvent priver les tribunaux judiciaires de toute compétence concomitante. Toutefois, cet arrêt ne portait pas sur la question de savoir si un organisme administratif peut rendre une déclaration d'invalidité de la nature de celle demandée en l'espèce. De fait, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, p. 17, le juge La Forest a affirmé qu'un tel organisme est uniquement habilité à déclarer la disposition contestée invalide à l'égard de l'affaire dont il est saisi.

In the context of this case, it would be inappropriate to decide what is the scope of the Social Affairs Commission's power to make orders pursuant to s. 24(1). Little, if any evidence has been advanced regarding the powers of the Commission, and the matter was not argued in any depth before this Court. Given that the Superior Court was the only forum that the appellant could choose in order to obtain a general declaration of invalidity, and that prior to 1990 it was considered to be the only appropriate forum for a determination of any of the constitutional questions raised, I do not believe that it would be advisable to halt the process at this late date for procedural reasons. 201

Dans le contexte de la présente affaire, il ne serait pas opportun de décider quel est le pouvoir de la Commission des affaires sociales de rendre des ordonnances en vertu du par. 24(1). On a présenté peu d'éléments de preuve — sinon aucun — quant aux pouvoirs de la Commission, et cette question n'a pas été débattue en profondeur devant notre Cour. Puisque la Cour supérieure était le seul tribunal auquel pouvait s'adresser l'appelante pour obtenir une déclaration générale d'invalidité et que, avant 1990, cette cour était considérée comme le seul tribunal compétent pour trancher les questions constitutionnelles qui étaient soulevées, je ne crois pas qu'il soit souhaitable d'ordonner, à ce stade aussi avancé du litige, la suspension des procédures pour des motifs d'ordre procédural.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The appellant advances arguments relating to both s. 7 and s. 15 of the *Charter*. When multiple *Charter* rights are advanced, there is always some question as to the proper manner in which to proceed. While it is generally sufficient to find that one of the rights is infringed and simply state that the other "need not be dealt with", this approach is sometimes unhelpful. Each case must be dealt with separately. In the recent case of *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, for instance, the complainant put forth claims based on both his s. 2(*d*) associational rights and his s. 15 equality rights. I held for the majority that the burdens imposed by ss. 2(*d*) and 15(1) differed in the sense that the latter focuses on the

B. *La Charte canadienne des droits et libertés*

L'appelante avance des arguments fondés sur l'art. 7 de la *Charte* ainsi que d'autres fondés sur l'art. 15 de ce texte. Lorsque, dans une même affaire, plusieurs droits garantis par la *Charte* sont invoqués, il y a toujours lieu de se demander quelle est la façon appropriée d'examiner les divers arguments. Bien qu'il suffise généralement de conclure qu'il y a eu violation de l'un de ces droits et d'affirmer tout simplement qu'il « n'est pas nécessaire d'examiner l'autre droit », cette approche se révèle parfois peu utile. Chaque affaire est un cas d'espèce. Dans le récent arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par exemple, le plaignant avait présenté des arguments fondés sur le 202

effects of underinclusion on human dignity, while the former is concerned with the ability to exercise the fundamental freedom of association (para. 28). In that case, at its core, the appellant's claim was concerned with his capacity to organize. I therefore began with a consideration of that right and, having found an unjustified *Charter* breach, did not have to proceed to a consideration of the s. 15(1) claim.

203 In this case, we are again faced with two *Charter* claims, based on rights that require different approaches. While s. 15 is concerned with the effect of over- or underinclusive legislation on the claimant's human dignity, s. 7 is concerned with the manner in which the state's actions interfere with a free-willed person's ability to enjoy his life, liberty and security interests. Any infringement of those rights by the state must be imposed in accordance with the principles of fundamental justice. Though both sets of rights are protected under the *Charter*, the two protect different interests. While it is important that the *Charter* be interpreted in a consistent fashion, the rights themselves must be interpreted in accordance with their individual terms. In a given situation, one right may be infringed while another is not. "*Charter* values" are an important concept that may help to inform a *Charter* right, but they cannot be invoked to modify the wording of the *Charter* itself.

204 In this case, the different nature of the two rights comes to the fore, and it is for this reason that, even though I have held that the legislation in dispute constitutes an unjustified infringement of s. 15, I have chosen to undertake an examination of s. 7 as well, in order to contrast the particular limits of the two rights.

droit d'association garanti à l'al. 2*d*) et sur les droits à l'égalité prévus par l'art. 15. J'ai conclu que la charge de la preuve imposée par l'al. 2*d*) diffère de celle imposée par le par. 15(1), en ce sens que ce dernier met l'accent sur les effets de la non-inclusion sur la dignité humaine, alors que l'al. 2*d*) vise les effets de la non-inclusion sur la capacité d'exercer la liberté fondamentale d'association (par. 28). Dans cette affaire, le moyen principal avancé par l'appelant touchait à sa capacité de s'organiser. J'ai donc examiné d'abord le droit en question et, ayant conclu à l'existence d'une violation injustifiée de la *Charte*, je n'ai pas eu à me pencher sur l'argument reposant sur le par. 15(1).

En l'espèce, nous sommes de nouveau saisis de deux arguments fondés sur la *Charte*, invoquant des droits nécessitant des approches différentes. Bien que l'art. 15 s'intéresse à l'effet des textes de loi de portée excessive ou insuffisante sur la dignité humaine des plaignants, l'art. 7 s'attache à la façon dont les mesures prises par l'État portent atteinte à la capacité d'une personne dotée du libre arbitre de jouir de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Toute atteinte à ces droits par l'État doit être imposée conformément aux principes de justice fondamentale. Bien que ces deux droits soient protégés par la *Charte*, ils protègent des intérêts différents. S'il importe que la *Charte* soit interprétée de façon uniforme, les droits eux-mêmes doivent cependant être interprétés selon leur spécificité propre. Ainsi, dans une situation donnée, il peut y avoir violation d'un droit, mais non d'un autre. Les « valeurs qui sous-tendent la *Charte* » constituent un concept important et susceptible de nous éclairer sur un droit garanti par celle-ci, mais elles ne peuvent être invoquées pour modifier le texte même de la *Charte*.

En l'espèce, la nature différente de ces deux droits revêt une importance prépondérante. Voilà pourquoi, même si j'ai jugé que la disposition contestée constitue une atteinte injustifiée à l'art. 15, j'ai néanmoins décidé d'examiner aussi l'art. 7, de façon à distinguer les limites propres à ces deux droits.

(1) Section 7

Section 7 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." The appellant in this case argues that the statutory framework that reduced benefits for those under 30 infringed her right to security of the person, since it had the effect of leaving her and the members of her class in a position of abject poverty that threatened both their physical and psychological integrity. In order to establish a s. 7 breach, the claimant must first show that she was deprived of her right to life, liberty or security of the person, and then must establish that the state caused such deprivation in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice.

The protection provided for by s. 7's right to life, liberty and security of the person is reflective of our country's traditional and long-held concern that persons should, in general, be free from the constraints of the state and be treated with dignity and respect. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. held that security of the person is implicated in the case of "state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress" (p. 56).

In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 60, Lamer C.J. held that, for a restriction of the right to security of the person to be made out:

> . . . the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

(1) L'article 7

205 Aux termes de l'art. 7 de la *Charte* : « [c]hacun 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. » Dans la présente affaire, l'appelante avance que le cadre législatif pourvoyant au paiement de prestations réduites pour les personnes de moins de 30 ans portait atteinte à son droit à la sécurité de sa personne, puisqu'il avait pour effet de la laisser — elle-même ainsi que les membres de son groupe — dans une situation de misère noire qui compromettait à la fois leur intégrité physique et leur intégrité psychologique. Pour établir la violation de l'art. 7, la demanderesse doit, dans un premier temps, démontrer qu'il a été porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et, dans un deuxième temps, établir que l'État a causé cette atteinte sans se conformer aux principes de justice fondamentale.

206 La protection du droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 reflète le souci traditionnel de la société canadienne de veiller à ce que, en règle générale, les gens ne se voient pas imposer de contraintes par l'État et soient traités avec dignité et respect. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 56, le juge en chef Dickson a estimé que « l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État » constituent une atteinte à la sécurité de la personne.

207 Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60, le juge en chef Lamer a conclu que, pour établir l'existence d'une restriction de la sécurité de la personne :

> . . . il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

208 In this case, the appellant has gone to great lengths to demonstrate that the negative effects of living on the reduced level of support were seriously harmful to the physical and psychological well-being of those affected. Certainly, those who, like the appellant, were living on a reduced benefit were not in a very "secure" position. The remaining question at this first stage of the s. 7 analysis is, however, whether this position of insecurity was brought about by the state.

209 The requirement that the violation of a person's rights under s. 7 must emanate from a particular state action can be found in the wording of the section itself. Section 7 does not grant a right to security of the person, full stop. Rather, the right is protected only insofar as the claimant is deprived of the right to security of the person by the state, in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice. The nature of the required nexus between the right and a particular state action has evolved over time.

210 In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), Lamer J., as he then was, held that s. 7 was not necessarily limited to purely criminal or penal matters (p. 1175). Nonetheless, he did maintain that, given the context of the surrounding rights and the heading "Legal Rights" under which s. 7 is found, it was proper to conclude that "the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system, and its administration" (p. 1173).

211 In *G. (J.)*, *supra*, Lamer C.J. again addressed the issue of whether s. 7 rights could be extended beyond the criminal law context, this time, with respect to the right to state-funded counsel for a parent at a custody hearing. In finding that such a right was contemplated by s. 7, he held that the subject matter of s. 7 was "the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law, where the state's conduct deprives an individual of his or her right to life, liberty, or

Dans l'affaire qui nous occupe, l'appelante s'est donné beaucoup de mal pour démontrer que les effets négatifs de vivre des prestations réduites étaient gravement préjudiciables au bien-être physique et psychologique des personnes touchées. Il est certain que les personnes qui, à l'instar de l'appelante, vivaient des prestations réduites n'étaient pas dans une situation très « sûre ». Cependant, la question qu'il reste à trancher à cette première étape de l'analyse relative à l'art. 7 est de savoir si cette situation d'insécurité était imputable au fait de l'État.

L'exigence selon laquelle la violation des droits garantis à une personne par l'art. 7 doit résulter d'un acte de l'État ressort du texte même de cette disposition. L'article 7 ne garantit pas à l'individu un droit absolu à la sécurité de sa personne, mais plutôt un droit qui n'est protégé que dans la mesure où c'est l'État qui, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, le prive du droit à la sécurité de sa personne. La nature du lien requis entre le droit et l'acte de l'État a évolué au fil des ans.

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi relatif à la prostitution* »), le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu que l'art. 7 ne s'applique pas nécessairement aux affaires pénales (p. 1175). Néanmoins, il a maintenu que, compte tenu du contexte des droits adjacents et de l'intertitre « Garanties juridiques » sous lequel se trouve l'art. 7, il convenait de conclure que « les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 sont celles qui découlent des rapports entre un individu, le système judiciaire et l'administration de la justice » (p. 1173).

Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, le juge en chef Lamer a de nouveau examiné la question de savoir si les droits garantis par l'art. 7 pouvaient s'appliquer en dehors du contexte du droit criminel, cette fois-là relativement au droit d'un parent d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État au cours d'une audience en matière de garde d'enfants. Concluant qu'un tel droit était visé par l'art. 7, le juge Lamer a estimé que l'objet de l'art. 7 est « le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi,

security of the person" (para. 65). In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, I agreed with this statement of the law and concluded that s. 7 rights could be infringed in the context of an investigation under human rights legislation.

In *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, the ambit of state action was expanded beyond the confines of a court room. In that case, a mother sought an injunction against the Child and Family Services agency's decision to apprehend her child without a warrant. While there was no judicial process at issue, she claimed that the action of the state in apprehending her child violated her s. 7 right to security of the person. L'Heureux-Dubé J. held that the claimant had been deprived of her right in accordance with the principles of fundamental justice, recognizing nevertheless that she had satisfied the first part of the s. 7 test. This can be explained by the fact that the seizure of the claimant's newborn child constituted a determinative government action.

Thus, in certain exceptional circumstances, this Court has found that s. 7 rights may include situations outside of the traditional criminal context — extending to other areas of judicial competence. In this case, however, there is no link between the harm to the appellant's security of the person and the judicial system or its administration. The appellant was not implicated in any judicial or administrative proceedings, or even in an investigation that would at some point lead to such a proceeding. At the very least, a s. 7 claim must arise as a result of a determinative state action that in and of itself deprives the claimant of the right to life, liberty or security of the person.

lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » (par. 65). Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, j'ai souscrit à cet énoncé du droit et jugé qu'il pouvait y avoir violation des droits garantis par l'art. 7 dans le contexte d'une enquête menée en vertu d'une loi relative aux droits de la personne.

212 Dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, notre Cour a élargi au-delà du cadre des procédures judiciaires la portée du concept d'acte de l'État. Dans cette affaire, une mère avait déposé une demande d'injonction interdisant à l'Office des services à l'enfant et à la famille de lui retirer sans mandat son enfant. Malgré l'absence de procédures judiciaires, l'appelante soutenait que l'appréhension de l'enfant par l'État contrevenait au droit à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7. Le juge L'Heureux-Dubé a conclu que l'appelante avait été privée de ce droit en conformité avec les principes de justice fondamentale, reconnaissant néanmoins qu'elle avait satisfait à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, ce qui peut s'expliquer par le fait que l'appréhension du nouveau-né de la plaignante constituait une mesure gouvernementale emportant des conséquences juridiques.

213 Par conséquent, dans certaines circonstances exceptionnelles, notre Cour a jugé que les droits garantis par l'art. 7 peuvent viser certaines situations en dehors du contexte criminel traditionnel, étendant ainsi leur application à d'autres domaines relevant de la compétence des tribunaux. En l'espèce, cependant, il n'existe pas de lien entre le préjudice causé à la sécurité de la personne de l'appelante et le système judiciaire ou son administration. L'appelante n'était ni partie à quelque instance judiciaire ou administrative, ni même l'objet d'une enquête susceptible d'aboutir à l'engagement d'une telle instance. Une demande fondée sur l'art. 7 doit, à tout le moins, découler d'une mesure gouvernementale emportant des conséquences juridiques, savoir une mesure qui, en soi, prive le demandeur du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne.

214 Some may find this threshold requirement to be overly formalistic. The appellant, for instance, argues that this Court has found that respect for human dignity underlies most if not all of the rights protected under the *Charter*. Undoubtedly, I agree that respect for the dignity of all human beings is an important, if not foundational, value in this or any society, and that the interpretation of the *Charter* may be aided by taking such values into account. However, this does not mean that the language of the *Charter* can be totally avoided by proceeding to a general examination of such values or that the court can through the process of judicial interpretation change the nature of the right. As held in *Blencoe*, *supra*, "[w]hile notions of dignity and reputation underlie many *Charter* rights, they are not stand-alone rights that trigger s. 7 in and of themselves" (para. 97). A purposive approach to *Charter* interpretation, while coloured by an overarching concern with human dignity, democracy and other such "*Charter* values", must first and foremost look to the purpose of the section in question. Without some link to the language of the *Charter*, the legitimacy of the entire process of *Charter* adjudication is brought into question.

215 In the *Charter*, s. 7 is grouped, along with ss. 8 to 14, under the heading "Legal Rights", in French, "*Garanties juridiques*". Given the wording of this heading, as well as the subject matter of ss. 8 to 14, it is apparent that s. 7 has, as its primary goal, the protection of one's right to life, liberty and security of the person against the coercive power of the state (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 44-9; *Prostitution Reference*, *supra*, *per* Lamer J.). The judicial nature of the s. 7 rights is also evident from the fact that people may only be deprived of those rights in accordance with the principles of fundamental justice. As Lamer J. held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, such principles 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

Il est possible que certains considèrent cette condition préliminaire excessivement formaliste. Par exemple, l'appelante soutient que notre Cour a jugé que le respect de la dignité humaine est à la base de la plupart des droits protégés par la *Charte*, voire de tous ces droits. Il ne fait aucun doute, je le reconnais, que le respect de la dignité de tous les êtres humains est une valeur importante, sinon fondamentale, dans toute société et que la prise en considération de telles valeurs peut aider dans l'interprétation de la *Charte*. Toutefois, cela ne signifie pas que l'on peut faire totalement abstraction du texte de la *Charte* en procédant à un examen général de telles valeurs ou que le tribunal peut, par le processus d'interprétation, changer la nature du droit concerné. Comme il a été jugé dans l'arrêt *Blencoe*, précité, « [m]ême si des notions de dignité et de réputation sous-tendent maints droits garantis par la *Charte*, ce ne sont pas des droits distincts qui déclenchent en soi l'application de l'art. 7 » (par. 97). Bien qu'une interprétation téléologique de la *Charte* soit influencée par une préoccupation dominante pour la dignité humaine, la démocratie et les autres « valeurs qui sous-tendent la *Charte* », elle doit d'abord et avant tout s'attacher à l'objet de la disposition en question. En l'absence de quelque lien que ce soit avec le texte même de la *Charte*, la légitimité de tout le processus juridictionnel relatif à la *Charte* est remise en question.

Dans la *Charte*, l'art. 7 ainsi que les art. 8 à 14 figurent sous l'intertitre « Garanties juridiques » dans la version française et « *Legal Rights* » dans la version anglaise. Vu le libellé de l'intertitre ainsi que l'objet des art. 8 à 14, il est évident que l'objectif premier de l'art. 7 est la protection de la vie, de la liberté et de la sécurité d'une personne contre le pouvoir coercitif de l'État (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 44-9; *Renvoi relatif à la prostitution*, précité, le juge Lamer). L'aspect judiciaire des droits garantis par l'art. 7 ressort également du fait qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503, ces principes font partie des « préceptes

inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system" (p. 503). It is this strong relationship between the right and the role of the judiciary that leads me to the conclusion that some relationship to the judicial system or its administration must be engaged before s. 7 may be applied.

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 ». C'est ce lien solide entre ce droit et le rôle de l'appareil judiciaire qui m'amène à conclure que, pour que puisse s'appliquer l'art. 7, il faut un certain rapport entre le droit invoqué et le système judiciaire ou son administration.

To suggest that this nexus is required is not to fossilize s. 7. This Court has already held, in *G. (J.)*, *supra*, *Blencoe*, *supra*, and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, that this link to the judicial system does not mean that s. 7 is limited to purely criminal or penal matters. In *K.L.W.*, *supra*, it was recognized that there need not be a link to a trial-like process. Individuals who find themselves subject to administrative processes may find that they have been deprived of their right to life, liberty or security of the person. The manner in which these various administrative processes will be reviewed has by no means been calcified. Nor has the interpretation of the "principles of fundamental justice" which apply to these processes. However, at the very least, in order for one to be deprived of a s. 7 right, some determinative state action, analogous to a judicial or administrative process, must be shown to exist. Only then may the process of interpreting the principles of fundamental justice or the analysis of government action be undertaken.

216 Dire que la présence de ce lien est nécessaire n'a pas pour effet de fossiliser pour autant l'application de l'art. 7. Déjà, notre Cour a jugé dans les arrêts *G. (J.)* et *Blencoe*, précités, ainsi que dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, que ce lien avec l'appareil judiciaire ne signifie pas que l'art. 7 se limite nécessairement aux affaires pénales. Dans l'arrêt *K.L.W.*, précité, notre Cour a reconnu qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien avec une instance analogue à un procès. En effet, une personne visée par une procédure administrative peut estimer qu'elle a été privée de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Les modalités du contrôle de ces procédures administratives n'ont d'aucune façon été arrêtées définitivement, pas plus que n'ont été interprétés les « principes de justice fondamentale » qui régissent ces procédures. Cependant, pour qu'une personne se trouve privée d'un droit que lui garantit l'art. 7, il faut à tout le moins établir l'existence d'une mesure de l'État — analogue à une instance judiciaire ou administrative — emportant des conséquences juridiques pour cette personne. Ce n'est qu'ensuite que peut avoir lieu l'interprétation des principes de justice fondamentale ou l'analyse de la mesure gouvernementale.

In this case, there has been no engagement with the judicial system or its administration, and thus, the protections of s. 7 are not available. As will be discussed below, I have concluded that s. 29(*a*) of the Regulation, by treating individuals differently on the basis of their age, constitutes an infringement of the appellant's equality rights. However, s. 7 does not have the same comparative characteristics as the s. 15 right. The appellant's situation must be viewed in more absolute terms. In this case, the threat to

217 En l'espèce, puisque ni le système judiciaire ni son administration ne sont en jeu, les garanties de l'art. 7 ne peuvent donc être invoquées. Comme je l'indiquerai plus loin, j'ai conclu que, du fait qu'il réserve un traitement différent à certaines personnes sur le fondement de l'âge, l'al. 29*a*) du Règlement porte atteinte aux droits à l'égalité garantis à l'appelante. Cependant, l'art. 7 n'offre pas les mêmes critères de comparaison que le droit visé à l'art. 15. Il faut considérer la situation de l'appelante d'une

the appellant's right to security of the person was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order for her to receive more assistance.

218 The appellant and several of the interveners made forceful arguments regarding the distinction that is sometimes drawn between negative and positive rights, as well as that which is made between economic and civil rights, arguing that security of the person often requires the positive involvement of government in order for it to be realized. This is true. The right to be tried within a reasonable time, for instance, may require governments to spend more money in order to establish efficient judicial institutions. However, in order for s. 7 to be engaged, the threat to the person's right itself must emanate from the state.

219 In *G. (J.)*, *supra*, for instance, this Court held that the claimant had the right to be provided with legal aid to assist her during a child custody hearing. To the extent that that order required the government to spend money so as to ensure that the complainant was not deprived of her right to security of the person in a manner that was inconsistent with the principles of fundamental justice, such a right could be construed as "positive" and perhaps "economic". However, what was determinative in that case was that the claimant, pursuant to s. 7, was being directly deprived of her right to security of the person through the action of the state. It was the fact that the state was attempting to obtain custody of the claimant's children that threatened her security. It is such initial state action, one that directly affects and deprives a claimant of his or her right to life, liberty or security of the person that is required by the language of s. 7.

220 The appellant also directed our attention to the dissenting statements of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*,

façon plus absolue. En l'espèce, le risque de violation de son droit à la sécurité de sa personne découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue.

L'appelante et plusieurs des intervenants ont présenté de solides arguments sur la distinction qui est parfois établie entre les droits « négatifs » et les droits « positifs », ainsi que sur celle faite entre les droits économiques et les libertés publiques, soutenant que la concrétisation du droit de l'individu à la sécurité de sa personne exige souvent un engagement positif de la part du gouvernement. Cet argument est bien fondé. Par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable peut exiger des gouvernements qu'ils consacrent davantage de fonds à l'établissement d'institutions judiciaires efficaces. Cependant, pour qu'entre en jeu l'application de l'art. 7, c'est l'État qui doit être à l'origine de la menace d'atteinte au droit garanti à l'intéressé.

Par exemple, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, notre Cour a jugé que l'appelante avait droit à l'aide juridique à l'égard d'une audience relative à la garde d'enfants. Dans la mesure où cette ordonnance obligeait le gouvernement à dépenser certaines sommes pour veiller à ce que la plaignante ne soit pas privée de son droit à la sécurité de sa personne d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il est possible de considérer qu'il s'agit d'un droit « positif », voire « économique ». Cependant, le facteur déterminant dans cette affaire était que, suivant l'art. 7, l'appelante était directement privée de son droit à la sécurité de sa personne par un acte de l'État. C'était le fait que l'État tentait d'obtenir la garde des enfants de l'appelante qui menaçait la sécurité de celle-ci. C'est un tel acte initial de l'État, un acte affectant directement la demanderesse et la privant de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne qui est requis par le texte de l'art. 7.

L'appelante a également attiré notre attention sur les commentaires faits par le juge en chef Dickson dans ses motifs de dissidence dans le *Renvoi relatif*

[1987] 1 S.C.R. 313, in which he noted that a conceptual approach in which freedoms are said to involve simply an absence of interference or constraint "may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361). The question of whether a fundamental freedom can be infringed through the lack of government action was canvassed most recently in the case of *Dunmore*, *supra*. In that case, I held that legislation that is underinclusive may, in unique circumstances, substantially impact the exercise of a constitutional freedom (para. 22). I explained that in order to meet the requirement that there be some form of government action as prescribed by s. 32 of the *Canadian Charter*, the legislation must have been specifically designed to safeguard the exercise of the fundamental freedom in question. The affected group was required to show that it was substantially incapable of exercising the freedom sought without the protection of the legislation, and that its exclusion from the legislation substantially reinforced the inherent difficulty to exercise the freedom in question. While the existence of the *Social Aid Act* might constitute sufficient government action to engage s. 32, none of the other factors enumerated in *Dunmore* are present in this case.

In *Dunmore*, I found that the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, instantiated the freedom to organize and that without its protection agricultural workers were substantially incapable of exercising their freedom to associate. The legislation reinforced the already precarious position of agricultural workers in the world of labour relations. In undertaking the underinclusiveness analysis, a complainant must demonstrate that he or she is being deprived of the right itself and not simply the statutory benefit that is being provided to other groups. Here, the *Social Aid Act* seeks to remedy the situation of those persons

à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, où ce dernier a précisé que l'application d'une approche conceptuelle dans laquelle les libertés seraient simplement considérées comme une absence d'intervention ou de contrainte « est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361). Plus récemment, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, notre Cour s'est demandé si l'absence d'intervention gouvernementale peut porter atteinte à une liberté fondamentale. Dans cette affaire, j'ai conclu qu'une mesure législative ayant un champ d'application trop limité peut, dans des circonstances exceptionnelles, entraver substantiellement l'exercice d'une liberté constitutionnelle (par. 22). J'ai expliqué que, pour que soit satisfaite la condition d'application de l'art. 32 de la *Charte canadienne* requérant l'existence d'une intervention gouvernementale, la mesure législative doit clairement viser à protéger l'exercice de la liberté fondamentale en question. Le groupe touché devait établir qu'il était essentiellement incapable d'exercer sa liberté fondamentale sans la protection du texte de loi et que son exclusion du champ d'application de celui-ci accroissait considérablement la difficulté inhérente à l'exercice de la liberté en question. Bien que l'existence de la *Loi sur l'aide sociale* puisse constituer une intervention gouvernementale suffisante pour déclencher l'application de l'art. 32, aucun des autres facteurs énumérés dans *Dunmore* n'est présent en l'espèce.

221 Dans cet arrêt, j'ai conclu que la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, donne effet à la liberté syndicale et que sans cette protection les travailleurs agricoles sont essentiellement incapables d'exercer leur liberté d'association. La loi en question exacerbait la situation déjà précaire des travailleurs agricoles dans le monde des relations de travail. Le plaignant qui reproche à un texte de loi d'avoir une portée trop limitative doit démontrer qu'il est privé du droit lui-même et non seulement de l'avantage que la loi accorde à d'autres groupes. En l'espèce, la *Loi sur l'aide sociale* vise à remédier à la situation des personnes qui n'ont pas

who find themselves without work or other assistance by providing them with financial support and job training so that they can integrate to the active workforce. As in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, and *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, the exclusion of people under 30 from the full, unconditional benefit package does not render them substantially incapable of exercising their right to security of the person without government intervention. Leaving aside the possibilities that might exist on the open market, training programs are offered to assist in finding work and to provide additional benefits.

222 The appellant has failed to demonstrate that there exists an inherent difficulty for young people under 30 to protect their right to security of the person without government intervention. Nor has the existence of a higher base benefit for recipients 30 years of age and over been shown to reduce, on its own, or substantially, the potential of young people to exercise their right to security of the person. The fact that the remedial programs instituted by the reforms of 1984 might not have been designed in a manner that was overly favourable to the appellant does not help the appellant in meeting her burden. My concern here is with the ability of the appellant's group to access the right itself, not to benefit better from the statutory scheme. The appellant has failed to show a substantial incapability of protecting her right to security. She has not demonstrated that the legislation, by excluding her, has reduced her security any more than it would have already been, given market conditions.

223 For these reasons, I would hold that s. 29(*a*) of the Regulation does not infringe s. 7 of the *Canadian Charter*. The threat to the appellant's security of the person was not related to the administration of justice, nor was it caused by any state action, nor did the underinclusive nature of the Regulation substantially prevent or inhibit the

d'emploi ou ne reçoivent aucune autre forme d'assistance, en leur offrant de l'aide financière et des mesures de formation professionnelle pour leur permettre de joindre les rangs de la population active. Comme dans les arrêts *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, et *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, l'exclusion des personnes de moins de 30 ans du champ d'application du régime d'avantages complets et inconditionnels ne les rend pas essentiellement incapables d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Indépendamment des possibilités susceptibles d'exister sur le marché de l'emploi, les programmes de formation ont été mis sur pied pour aider les intéressés à trouver du travail et pour pourvoir au paiement de prestations additionnelles.

L'appelante n'a pas démontré que les personnes de moins de 30 ans éprouvent intrinsèquement de la difficulté à exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Elle n'a pas non plus établi que l'existence de prestations de base plus élevées pour les bénéficiaires de 30 ans et plus réduisait en soi ou de manière substantielle la possibilité pour les moins de 30 ans d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne. Le fait que les programmes de rattrapage scolaire établis par les réformes de 1984 n'aient peut-être pas été les programmes les mieux conçus n'aide pas l'appelante à s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe. Le point auquel je m'attache en l'espèce est la capacité du groupe de l'appelante de bénéficier du droit lui-même, et non de profiter davantage du régime établi par la loi. L'appelante n'a pas réussi à établir qu'elle était essentiellement incapable de protéger son droit à la sécurité. Elle n'a pas démontré que, en l'excluant, le texte de loi a réduit sa sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que l'al. 29*a*) du Règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte canadienne*. La menace au droit à la sécurité de l'appelante n'était pas liée à l'administration de la justice et ne résultait pas d'une mesure de l'État; de plus, le caractère non inclusif du règlement n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger

appellant from protecting her own security. Such a result should not be unexpected. As I noted in *Dunmore*, *supra*, total exclusion of a group from a statutory scheme protecting a certain right may in some limited circumstances engage that right to such an extent that it is in essence the substantive right that has been infringed as opposed to the equality right protected under s. 15(1) of the *Charter*. However, the underinclusiveness of legislation will normally be the province of s. 15(1), and so it is to the equality analysis that we must now turn.

(2) Section 15

Section 15(1) of the *Charter* protects every individual's right to the equal protection and benefit of the law, without discrimination based on, among other grounds, age. As this Court has enunciated on numerous occasions, a purposive approach to this right must take into consideration a concern for the individual human dignity of all those subject to the law. As noted in the s. 7 analysis, while a concern for and understanding of the basic values underlying the *Charter* are important in order to give proper consideration to a *Charter* claim, such principles cannot be allowed to override the language of the *Charter* itself.

Among the grounds of prohibited discrimination enumerated under s. 15(1), age is the one that tends to cause the most theoretical confusion. The source of such confusion in implementing the s. 15(1) guarantee of age equality is rooted in our understanding of substantive equality. In protecting substantive equality, this Court has recognized that like people should be treated alike and, reciprocally, different people must often be treated differently. Most of the grounds enumerated under s. 15(1) tend to be characteristics that our society has deemed to be "irrelevant" to one's abilities. The problem with age is that because we all, as human beings trapped in the continuum of time, experience the process of aging, it is sometimes difficult to assess discriminative behaviour. Health allowing, we all have the

sa propre sécurité. Ce résultat ne devrait surprendre personne. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Dunmore*, précité, le fait d'exclure totalement un groupe d'un régime légal protégeant un droit donné peut, dans certaines circonstances limitées, porter une atteinte telle à ce droit que c'est alors essentiellement le droit substantiel qui est violé plutôt que le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'examen de la question du champ d'application trop restreint d'un texte de loi se fait normalement dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) et, en conséquence, je vais maintenant procéder à l'analyse relative à l'égalité.

(2) L'article 15

224 Le paragraphe 15(1) de la *Charte* protège le droit de chacun à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de la discrimination fondée sur l'âge. Comme l'a déclaré notre Cour à maintes reprises, il faut, dans le cadre d'une interprétation téléologique de ce droit, prendre en considération la dignité humaine individuelle de l'ensemble des personnes assujetties à la loi concernée. Comme je l'ai indiqué dans l'analyse fondée sur l'art. 7, bien qu'il soit important de prendre en compte et de bien saisir les valeurs qui sous-tendent la *Charte* pour être en mesure d'examiner adéquatement une demande fondée sur celle-ci, ces principes ne sauraient prendre le pas devant le texte même de la *Charte*.

225 Parmi les motifs de distinction illicite énumérés au par. 15(1), l'âge est celui qui tend à causer la plus grande confusion sur le plan théorique. Relativement à la concrétisation du droit à l'égalité fondée sur l'âge garanti au par. 15(1), la source de cette confusion découle de l'interprétation que nous donnons à l'égalité réelle. Pour protéger l'égalité réelle, notre Cour a reconnu que des personnes se trouvant dans la même situation doivent être traitées de la même manière et, réciproquement, que celles qui sont dans des situations différentes doivent souvent être traitées différemment. La plupart des motifs énumérés au par. 15(1) sont des caractéristiques qui, dans notre société, sont réputées « non pertinentes » quant aux aptitudes d'une personne. Le problème que présente l'âge tient au fait qu'il

opportunity to be young and foolish as well as old and crotchety. As Professor Hogg, *supra*, argues, "[a] minority defined by age is much less likely to suffer from the hostility, intolerance and prejudice of the majority than is a minority defined by race or religion or any other characteristic that the majority has never possessed and will never possess" (p. 52-54).

226 Moreover, whereas distinctions based on most other enumerated or analogous grounds may often be said to be using the characteristic as an illegitimate proxy for merit, distinctions based on age as a proxy for merit or ability are often made and viewed as legitimate. This acceptance of distinctions based on age is due to the fact that at different ages people are capable of different things. Ten-year-olds, in general, do not make good drivers. The same might be said for the majority of centenarians. It is in recognition of these developmental differences that several laws draw distinctions on the basis of age.

227 However, despite this apparent recognition that age is of a different sort than the other grounds enumerated in s. 15(1), the fact of the matter is that it was included as a prohibited ground of discrimination in the *Canadian Charter*. Recall that in *Law* Iacobucci J. referred to the remark in *Andrews* that it would be a rare case in which differential treatment based on one or more of the enumerated or analogous grounds would not be discriminatory: *Law*, *supra*, at para. 110. In contrast, some human rights laws do not include age as a ground of discrimination, or limit the ground to discrimination between the ages of 18 and 65: *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210; *Quebec Charter*, s. 10. But the *Canadian Charter* does include age, without internal limitation. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R.

est parfois difficile de déterminer ce qui constitue un comportement discriminatoire, puisque — en tant qu'êtres humains prisonniers dans le continuum du temps — nous subissons tous le processus du vieillissement. Si notre santé nous le permet, nous avons tous la possibilité d'être jeunes et fous ainsi que vieux et grincheux. Comme l'affirme le professeur Hogg, *op. cit.*, [TRADUCTION] « [u]ne minorité définie selon l'âge est beaucoup moins susceptible d'être victime de l'hostilité, de l'intolérance et des préjugés de la majorité qu'une minorité définie selon la race ou la religion ou toute autre caractéristique que la majorité n'a jamais possédé et ne possédera jamais » (p. 52-54).

Qui plus est, alors qu'on peut souvent affirmer que les distinctions fondées sur la plupart des autres motifs énumérés ou sur des motifs analogues utilisent la caractéristique en question comme un substitut illégitime du mérite, des distinctions fondées sur l'âge sont souvent utilisées à cette fin et considérées comme légitimes. Cette acceptation des distinctions fondées sur l'âge est attribuable au fait que des personnes d'âge différent sont capables d'accomplir des choses différentes. En règle générale, un enfant de dix ans ne fait pas un bon conducteur. On peut dire la même chose de la majorité des personnes centenaires. C'est pour tenir compte de ces différences de développement que plusieurs lois établissent des distinctions fondées sur l'âge.

Cependant, bien que l'on reconnaisse apparemment que l'âge est un motif différent des autres motifs énumérés au par. 15(1), le fait est qu'il a été inclus comme motif de discrimination illicite dans la *Charte canadienne*. Rappelons que dans *Law*, le juge Iacobucci s'est référé à la remarque énoncée dans l'arrêt *Andrews* et selon laquelle ce n'est que dans de rares cas qu'un traitement différent fondé sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues ne sera pas discriminatoire : *Law*, précité, par. 110. Par ailleurs, certaines lois sur les droits de la personne n'incluent pas l'âge comme motif de discrimination ou limitent son application à la discrimination visant les personnes âgées de 18 à 65 ans : *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210; *Charte québécoise*, art. 10. Toutefois, l'âge est un motif prévu par la *Charte canadienne*, sans limite intrinsèque. Dans

203, McLachlin J. and I held that the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) "function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making" (para. 7). Legislation that draws a distinction based on such a ground is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. This is the case whether the distinction is based on race, gender or age. While distinctions based on age may often be justified, they are nonetheless equally suspect. While age is a ground that is experienced by all people, it is not necessarily experienced in the same way by all people at all times. Large cohorts may use age to discriminate against smaller, more vulnerable cohorts. A change in economic, historical or political circumstances may mean that presumptions and stereotypes about a certain age group no longer hold true. Moreover, the fact remains that, while one's age is constantly changing, it is a personal characteristic that at any given moment one can do nothing to alter. Accordingly, age falls squarely within the concern of the equality provision that people not be penalized for characteristics they either cannot change or should not be asked to change.

The fact that the Regulation here makes a distinction based on a personal characteristic that is specifically enumerated under s. 15 should therefore raise serious concerns when considering whether such a distinction is in fact discriminatory. While not creating a presumption of discrimination, a distinction based on an enumerated ground reveals a strong suggestion that the provision in question is discriminatory for the purposes of s. 15. In recent years, this Court has stated that disrespect for human dignity lies at the heart of discrimination: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, *per* McLachlin J.; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. However, it is worth repeating that the concept of "human

l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7, le juge McLachlin et moi avons conclu que les motifs énumérés au par. 15(1) « sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes ». Une loi qui établit une distinction fondée sur un tel motif est suspecte parce qu'elle entraîne souvent de la discrimination et aboutit au déni du droit à l'égalité réelle. C'est ce qui se produit, que la distinction soit fondée sur la race, le sexe ou l'âge. Bien que les discriminations fondées sur l'âge puissent souvent être justifiées, elles sont néanmoins tout aussi suspectes. Quoique l'âge soit un motif auquel personne n'échappe, tous ne le vivent pas de la même façon à toutes les époques. Ainsi, des cohortes nombreuses peuvent se servir de l'âge pour établir des distinctions contre des cohortes plus petites et plus vulnérables. Par suite de l'évolution de la situation économique, historique ou politique, il est possible que des présomptions et stéréotypes relatifs à un certain groupe d'âge ne soient plus valables. En outre, il n'en demeure pas moins que, quoiqu'on vieillisse sans cesse, l'âge est une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est impossible de faire quoi que ce soit, et ce à quelque moment que ce soit. En conséquence, l'âge est nettement visé par l'aspect de la disposition relative à l'égalité qui demande qu'on ne pénalise pas un individu pour une caractéristique qu'il ne peut changer ou qu'on ne devrait pas le requérir de changer.

228 Le fait que le Règlement en litige dans la présente affaire établisse une distinction fondée sur une caractéristique personnelle expressément mentionnée à l'art. 15 devrait donc soulever de sérieuses préoccupations lorsqu'on se demande si cette distinction est, dans les faits, discriminatoire. Bien qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ne crée pas une présomption de discrimination, il s'agit toutefois d'une solide indication que la disposition en question est discriminatoire pour l'application de l'art. 15. Au cours des dernières années, notre Cour a affirmé que l'absence de respect pour la dignité humaine est au cœur de la discrimination : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L'Heureux-Dubé; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, le juge

dignity" has essentially been brought to the fore in an effort to capture the essence of what differential treatment based on one of the grounds in s. 15 captures.

229 The framework for undertaking a s. 15 analysis was put forth most recently by this Court in *Law*, *supra*. In that case, this Court affirmed that the s. 15 analysis is to take place through a three-stage process: Is there differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; is the differential treatment based on one or more of the grounds enumerated under s. 15(1) or a ground analogous to those contained therein; does the law in question have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee? (*Law*, at para. 88). At each stage of this process, the claimant bears the civil burden of proof. This burden remains constant no matter how serious the claim or how many people are potentially involved.

230 It is evident, in this case, and the respondent does not appear to dispute this point, that s. 29(*a*) of the Regulation creates a distinction between single social assistance recipients under the age of 30 and those 30 and over. Single recipients under the age of 30 have their base benefits capped at a level one third of that of those 30 and over. While they may participate in certain programs in order to increase their benefits, those 30 and over do not have to do so. This results in the differential treatment of the two groups. Thus, the fundamental question that needs to be dealt with in any depth here is whether the distinction outlined in s. 29(*a*) is indicative that the government treats social assistance recipients under 30 in a way that is respectful of their dignity as members of our society. Evidence regarding the actual impact of the distinction will also be considered, although I conclude that the regulatory regime is discriminatory on its face.

McLachlin; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Cependant, il convient de rappeler que le concept de « dignité humaine » a d'abord et avant tout été avancé pour permettre de bien saisir l'essence de la notion de traitement différent fondé sur l'un des motifs prévus par l'art. 15.

Récemment, dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour a exposé le cadre de l'analyse relative à l'art. 15. Dans cette affaire, notre Cour a confirmé que cette analyse comporte trois étapes, qu'on peut décrire au moyen des questions suivantes : Le texte de loi contesté a-t-il pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues? Le texte de loi contesté a-t-il un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité? (*Law*, par. 88). À chaque étape de l'analyse, la charge de la preuve incombe au demandeur, qui doit s'en acquitter suivant la norme de preuve applicable en droit civil. Cette norme ne varie pas, peu importe la gravité de la plainte ou le nombre de personnes susceptibles d'être touchées.

En l'espèce, il est évident — fait que l'intimé ne semble d'ailleurs pas contester — que l'al. 29*a*) du Règlement crée une distinction entre les personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale et celles de 30 ans et plus. En effet, le plafond des prestations de base pour les moins de 30 ans représente un tiers de celui des prestations accordées aux 30 ans et plus. Bien que les moins de 30 ans puissent participer à certains programmes dans le but de faire hausser leurs prestations, les 30 ans et plus ne sont par ailleurs pas tenus de le faire. Cette situation entraîne une différence de traitement entre les deux groupes. Par conséquent, la question fondamentale qu'il faut examiner en profondeur est celle de savoir si la distinction établie à l'al. 29*a*) indique que le gouvernement traite les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui respecte leur dignité en tant que membres de notre société. La preuve concernant l'effet concret de la distinction sera également considérée, bien que j'estime que le régime réglementaire est à première vue discriminatoire.

In *Law*, *supra*, Iacobucci J. held that this third inquiry is to be assessed as by a reasonable person in the claimant's circumstances, having regard to several "contextual factors". The factors suggested in *Law*, while not exhaustive, are (1) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability, (2) correspondence between the distinction drawn and the needs, capacity or circumstances of the claimant or others, (3) any ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged group or person, and (4) the nature and scope of the interest affected by the impugned law. Iacobucci J. noted that the presence or absence of any of these contextual factors is not determinative.

Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a affirmé qu'il faut examiner la troisième question avec les yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, en tenant compte de plusieurs « facteurs contextuels ». Dans *Law*, notre Cour a dressé une liste non exhaustive de ces facteurs : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une vulnérabilité; (2) la correspondance entre la distinction qui est établie et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres; (3) l'objet ou l'effet améliorateur du texte de loi contesté eu égard à une personne ou à un groupe défavorisés; (4) la nature et l'étendue du droit touché par le texte de loi contesté. Le juge Iacobucci a souligné que la présence ou l'absence de l'un ou l'autre de ces facteurs contextuels n'est pas déterminante. 231

Interestingly, *Law*, also involved a claim that a legislative provision, by offering lower pension benefits to younger people, constituted age discrimination under s. 15. In that case, the claimant argued that provisions of the Canada Pension Plan that gradually reduced the survivor's pension for able-bodied surviving spouses without dependant children by 1/120th of the full rate for each month that the claimant's age was less than 45 at the time of the contributor's death was discriminatory. The effect of the legislation was to make 35 years of age the threshold age for receiving survivor benefits for persons not having attained the retirement age of 65. Those over 45 at the time of their spouse's death would receive full benefits, those under 35 would receive no benefits until they were 65, and those between 35 and 45 would receive a graduated amount until they were 65. After examining the contextual factors enunciated above, Iacobucci J. held that this distinction, though based on the enumerated ground of age, was not substantively discriminatory.

Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt *Law*, on plaidait également qu'une disposition législative pourvoyant au versement de prestations de retraite moins élevées aux personnes plus jeunes créait de la discrimination fondée sur l'âge, en contravention de l'art. 15. Dans cette affaire, la demanderesse soulevait le caractère discriminatoire des dispositions du Régime de pensions du Canada qui prévoyaient, dans le cas du conjoint survivant non invalide et sans enfant à charge, une réduction progressive du plein montant de la pension de 1/120 par mois pour le nombre de mois qui reste à courir, au décès du cotisant, avant que le conjoint survivant n'atteigne l'âge de 45 ans. En conséquence, 35 ans était l'âge minimum requis pour toucher des prestations de survivant dans le cas des personnes n'ayant pas atteint l'âge de la retraite de 65 ans. Le conjoint survivant de plus de 45 ans au décès du cotisant recevait le plein montant de la pension, celui de moins de 35 ans ne recevait aucune prestation avant d'avoir atteint 65 ans et le conjoint survivant âgé de 35 à 45 ans recevait un montant progressif jusqu'à l'âge de 65 ans. Après avoir examiné les facteurs contextuels susmentionnés, le juge Iacobucci a conclu que, bien que cette distinction soit fondée sur le motif énuméré de l'âge, elle n'était pas source de discrimination réelle. 232

The fact that a certain legislative provision which limited the benefits to those under a certain age was found to be constitutional in one case does not

Le fait que notre Cour ait jugé constitutionnelle une disposition législative qui limitait le montant des prestations accordées aux personnes n'ayant pas 233

necessarily lead to the same conclusion here. In order to determine in this case whether the legislation is respectful of the self-worth and dignity of the appellant, the legislation has to be examined in the context of both its overriding purpose and effects, as well as the situation of the appellant.

234 As this Court held in *Law* and *Egan*, *supra*, the s. 15 analysis must be undertaken from the perspective of the appellant. As this Court has previously agreed, the focus of the inquiry is both subjective and objective (*Law*, at para. 59):

> . . . subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances.

Thus, while it is not enough for the appellant to simply claim that her dignity was violated, a demonstration, following the subjective-objective method previously described, that there is a rational foundation for her experience of discrimination will be sufficient to ground the s. 15 claim (*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 46). The factual basis upon which the court will come to a conclusion on this point is very different from the one that will be considered in the context of a s. 1 justification. The appellant in this case must demonstrate that the legislation treated recipients of social assistance under the age of 30 in a manner that would lead a reasonable person, similarly situated, to feel that he or she was considered less worthy of "recognition . . . as a member of Canadian society": *Law*, *supra*, at para. 88. There is no balancing of interests here. In order to demonstrate that her dignity is affected, the appellant may wish to deal with some of the factors enumerated in *Law*, such as the manner in which the legislation emphasizes a pre-existing disadvantage or stereotype suffered by the appellant's group, the importance or nature of the right that is being withheld from the appellant's group, as well as the degree of care that the

un certain âge ne signifie pas nécessairement que la même conclusion s'impose dans le présent pourvoi. Pour déterminer si, en l'espèce, le texte de loi respectait l'estime de soi et la dignité de l'appelante, il faut l'examiner à la fois au regard de son objet dominant et de ses effets et au regard de la situation particulière de l'intéressée.

Comme a jugé notre Cour dans les arrêts *Law* et *Egan*, précités, l'analyse relative à l'art. 15 doit être effectuée du point de vue du plaignant. En outre, au par. 59 de l'arrêt *Law*, la Cour a précisé que le point central de l'analyse est à la fois subjectif et objectif :

> . . . subjectif dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables.

Par conséquent, bien que l'appelante ne puisse se contenter de plaider qu'on a porté atteinte à sa dignité, pour justifier une allégation formulée en vertu de l'art. 15 il lui sera suffisant d'établir, au moyen de la méthode subjective-objective décrite précédemment, le fondement rationnel de sa perception subjective qu'elle est victime de discrimination (*Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 46). L'assise factuelle à partir de laquelle le tribunal tirera sa conclusion sur ce point est très différente de celle qu'il examinera dans le cadre de la justification au regard de l'article premier. En l'espèce, l'appelante doit démontrer en quoi le texte de loi traitait les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui amènerait une personne raisonnable se trouvant dans une situation analogue à estimer qu'elle est « moins digne d'être reconnu[e] [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne » : *Law*, précité, par. 88. Il n'est pas nécessaire de procéder à la mise en équilibre d'intérêts en l'espèce. Afin d'établir qu'on a porté atteinte à sa dignité, l'appelante peut invoquer certains des facteurs énumérés dans l'arrêt *Law*, par exemple la façon dont le texte de loi exacerbe un désavantage ou un stéréotype préexistant dont est victime le groupe

government took in crafting the legislation so as to take into account the actual needs and situation of the group's members.

(i) Pre-existing Disadvantage or Stereotype

The first contextual factor that was considered in *Law* was that of pre-existing disadvantage or prejudice. In *Law*, Iacobucci J. took notice of the fact that young widows are generally better situated to prepare for retirement than are older widows; there is no pre-existing disadvantage in their case. The respondent argues the same thing here, noting that young people are generally not considered to be routinely subjected to the sort of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities, and that they are not disadvantaged. While, in general, such a rule of thumb may hold true, it is precisely because of the generality of this type of consideration that distinctions based on enumerated or analogous grounds are suspect. The purpose of undertaking a contextual discrimination analysis is to try to determine whether the dignity of the claimant was actually threatened. In this case, we are not dealing with a general age distinction but with one applicable within a particular social group, welfare recipients. Within that group, the record makes clear that it was not, in fact, easier for persons under 30 to get jobs as opposed to their elders. The unemployment rate in 1982 had risen to 14 percent, with the rate among young people reaching 23 percent. As a percentage of the total population of people on social assistance, those under 30 years of age rose from 3 percent in 1975 to 12 percent in 1983. Thus, the stereotypical view upon which the distinction was based, that the young social welfare recipients suffer no special economic disadvantages, was not grounded in fact; it was based on old assumptions regarding the employability of young people. The creation of the assistance programs themselves demonstrates that the government itself was aware of this disadvantage.

dont elle est membre, l'importance ou la nature du droit dont le groupe en question est privé ainsi que le soin avec lequel le législateur a rédigé le texte de loi de façon à tenir compte des besoins et de la situation véritables des membres du groupe.

(i) La préexistence d'un désavantage ou d'un stéréotype

235 Le premier facteur contextuel examiné dans l'arrêt *Law* était la préexistence d'un désavantage ou d'un préjudice. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a reconnu le fait qu'une jeune veuve est généralement en meilleure position qu'une veuve plus âgée pour préparer sa retraite; les premières ne souffrent d'aucun désavantage préexistant. L'intimé plaide le même argument en l'espèce, soulignant d'une part que, de façon générale, on ne considère pas que les jeunes sont couramment victimes du genre de discrimination dont souffrent certaines minorités distinctes et isolées, et, d'autre part, qu'ils ne sont pas défavorisés. Bien que cette règle empirique puisse en règle générale se révéler valable, c'est précisément en raison de la généralité de ce type de considération que les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues sont douteuses. Une analyse contextuelle de la discrimination a pour objet de déterminer s'il y a eu concrètement menace à la dignité du plaignant. En l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'une distinction d'application générale fondée sur l'âge, mais plutôt d'une distinction applicable à un groupe particulier de la société, les bénéficiaires d'aide sociale. Il ressort clairement du dossier que, dans les faits, au sein de ce groupe, il n'était pas plus facile pour les jeunes prestataires de trouver du travail que ce ne l'était pour leurs aînés. En 1982, le taux de chômage avait grimpé à 14 p. 100 et il s'élevait à 23 p. 100 chez les jeunes. Exprimée en pourcentage de l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, la proportion des personnes de moins de 30 ans est passée de 3 p. 100 en 1975 à 12 p. 100 en 1983. Par conséquent, le stéréotype sur lequel était fondée la distinction, savoir que les jeunes bénéficiaires d'aide sociale ne souffraient d'aucun désavantage économique particulier, ne reposait pas sur des faits, mais plutôt sur de vieilles prémisses relatives à l'aptitude des jeunes au travail. La création même des programmes d'aide sociale démontre que le gouvernement était au fait de ce désavantage.

236 The appellant argues that people on social assistance have always suffered disadvantage because they are victims of stereotypical assumptions regarding the reasons for being welfare recipients, and are therefore marginalized from society. In making such an argument, the appellant is not comparing social assistance recipients under 30 to those 30 and over, but instead, comparing the relative position of young social assistance recipients to members of society as a whole. This raises the question of determining what is the proper comparator.

237 In *Law*, no argument was made that widows, as a category, have been traditionally marginalized. It was recognized, however, that in determining whether a group has suffered previous disadvantage, the analysis need not necessarily adopt the comparator upon which the distinction is first made. The question to be examined here is not whether differential treatment has occurred, which has already been established, but whether the particular group affected has been traditionally marginalized, or has faced unfair stereotyping. In *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, Iacobucci J. noted that the claimant group (non-registered natives) had faced considerable discrimination, but refused to enter into a "race to the bottom" (para. 69) by deciding who is more disadvantaged. The same approach, should, in my view, be adopted here. There is no compelling evidence that younger welfare recipients, as compared to all welfare recipients, have been traditionally marginalized by reason of their age. But that does not end the inquiry.

238 The concern, when determining whether the differential treatment of a group is discriminatory, must, according to this Court in *Law*, be governed by an overarching concern for human dignity. The fact that people on social assistance are in a precarious, vulnerable position adds weight to the argument that differentiation that affects them negatively may pose a greater threat to their human dignity. The fact that their status as beneficiaries of social assistance was not argued as constituting a new analogous ground

L'appelante soutient que les bénéficiaires d'aide sociale ont toujours été défavorisés parce qu'ils sont victimes d'idées préconçues stéréotypées quant aux raisons de leur état de prestataire, et qu'ils sont en conséquence marginalisés dans la société. Dans son argument, l'appelante ne compare pas les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans à ceux de 30 ans et plus, mais plutôt la situation relative des jeunes bénéficiaires d'aide sociale par rapport à l'ensemble des membres de la société. Ce fait soulève la question de l'élément de comparaison approprié.

Dans l'affaire *Law*, personne n'a prétendu que, en tant que catégorie, les veuves avaient traditionnellement été marginalisées. Il a cependant été reconnu que, dans l'analyse visant à déterminer si un groupe souffre d'un désavantage préexistant, il n'est pas nécessaire d'utiliser l'élément de comparaison sur lequel reposait initialement la distinction. La question qu'il faut se poser en l'espèce n'est pas de savoir s'il y a eu différence de traitement — ce fait a déjà été établi —, mais si le groupe particulier touché a traditionnellement été marginalisé ou victime d'un stéréotype injuste. Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, le juge Iacobucci a précisé que le groupe demandeur (les Autochtones non inscrits) avait été victime de beaucoup de discrimination, mais il a refusé de s'engager dans une « course vers le bas » (par. 69) et de décider quel groupe est le plus défavorisé. À mon avis, il convient d'adopter la même démarche en l'espèce. Il n'existe aucune preuve décisive indiquant que, comparativement à l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, les jeunes bénéficiaires ont de tout temps été marginalisés en raison de leur âge. Cette constatation ne clôt toutefois pas l'analyse.

Lorsqu'il faut déterminer si le traitement différent réservé à un groupe donné est discriminatoire, la considération dominante doit être, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Law*, le respect de la dignité humaine. Le fait que les bénéficiaires d'aide sociale sont dans une situation précaire et vulnérable renforce l'argument selon lequel toute distinction les affectant peut faire peser une menace plus grande sur leur dignité humaine. Le fait qu'on n'ait pas plaidé que leur qualité de bénéficiaires d'aide

should not be a matter of concern at this stage of the analysis, since it has already been determined at the second stage of the *Law* test that the differentiation has been made on the basis of an enumerated ground. The issue, at this stage, is to determine whether, in the context of this case, a differentiation based on an enumerated ground is threatening to the appellant's human dignity. If the vulnerability of the appellant's group as welfare recipients cannot be recognized at this stage, can we really be said to be undertaking a contextual analysis?

(ii) Correspondence Between Grounds Upon Which Claim Is Based and the Actual Needs, Capacity or Circumstances of the Claimant

It is at this stage of the analysis that the contrast between the competing characterizations of the legislation put forth by the appellant and the respondent is most apparent. The appellant claims that the government did not take into account the real circumstances of young adults in crafting its legislation. In arguing this point, she relies on the estimate that, in reality, only 11.2 percent of young adults were able to receive the full amount of assistance.

The respondent, on the other hand, argues that while, as in *Law*, this legislation treated younger adults differently because their prospects for supporting themselves in the future were greater than that of their elders, this regulation, unlike that in *Law*, was specifically designed to assist those under 30. In support of this contention, the respondent presents a considerable amount of evidence demonstrating that the institution of the educational programs constituted a response to an alarmingly high rate of unemployment among young people, and was therefore designed to give them the skills necessary to enter the job market so that they could be more autonomous.

The witnesses for the respondent explained that their intention in developing the new system was to help young people in their particular

sociale constitue un nouveau motif analogue ne saurait être considéré important à cette étape-ci de l'analyse, puisqu'il a déjà été jugé, à la deuxième étape du critère énoncé dans *Law*, que la distinction reposait sur un motif énuméré. À ce stade-ci, il s'agit de déterminer si, dans le contexte de la présente affaire, la dignité humaine de la plaignante est menacée en raison d'une distinction fondée sur un motif énuméré. Si la vulnérabilité des membres du groupe de l'appelante en tant que bénéficiaires d'aide sociale ne peut être reconnue à cette étape-ci, pouvons-nous vraiment dire que nous faisons une analyse contextuelle?

(ii) La correspondance entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du plaignant

239 C'est à la présente étape de l'analyse que ressort avec le plus d'acuité le contraste entre les descriptions divergentes qu'ont données du texte de loi l'appelante et l'intimé. L'appelante prétend que le gouvernement n'a pas tenu compte de la situation réelle des jeunes adultes lorsqu'il a élaboré son texte de loi. À l'appui de cette prétention, elle invoque l'estimation selon laquelle, dans les faits, seulement 11,2 p. 100 des jeunes adultes ont été en mesure de recevoir le plein montant de l'aide prévue.

240 Par contre, d'affirmer l'intimé, en l'espèce — tout comme dans *Law* — le texte de loi litigieux traitait différemment les jeunes adultes parce que leurs chances de subvenir à leurs besoins dans le futur étaient meilleures que celles de leurs aînés, mais contrairement au texte contesté dans *Law*, celui qui nous intéresse avait été expressément conçu pour venir en aide aux moins de 30 ans. Au soutien de cet argument, l'intimé a présenté une abondante preuve démontrant que ces programmes avaient été établis pour lutter contre le taux de chômage inquiétant chez les jeunes et visaient en conséquence à leur permettre d'acquérir les compétences nécessaires pour entrer sur le marché du travail et devenir ainsi plus autonomes.

241 Les témoins de l'intimé ont expliqué que l'élaboration du nouveau système avait pour but de venir en aide aux jeunes, eu égard à leur

situation. However, the language of much of the regulatory scheme appears, on its face, to suggest that the educational programs, and the monetary incentives that accompanied them, were blind as to the age of participants. Sections 32, 35.0.1 and 35.0.2 of the Regulation give no indication that such programs were specifically designed for young people. This is confirmed by the fact that while the programs ostensibly targeted those under 30, some people 30 and over did participate in the programs. In his judgment, Robert J.A. gave considerable weight to the fact that there were not enough places available in the programs to meet the needs of all beneficiaries under 30. When the programs were started, 30 000 places were opened, even though 85 000 single people under 30 were on social assistance. As was mentioned earlier, the programs were also open to persons 30 and over. I do not consider evidence of the number of places opened to be a significant factor in determining legislative purpose.

situation particulière. Cependant, le texte même de la majeure partie du régime établi par le Règlement semble à première vue indiquer que les programmes de formation et les incitatifs financiers dont ils étaient assortis ne tenaient pas compte de l'âge des participants. Rien dans les art. 32, 35.0.1 et 35.0.2 du Règlement n'indique que ces programmes avaient été conçus de façon particulière pour les jeunes. Cette constatation est confirmée par le fait que, bien que les programmes aient visé ostensiblement les moins de 30 ans, certaines personnes de 30 ans et plus y ont participé. Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel accorde beaucoup d'importance au fait que les programmes ne comptaient pas suffisamment de places pour accueillir tous les bénéficiaires de moins de 30 ans. En effet, lors de leur création, ces programmes comptaient 30 000 places, alors qu'on dénombrait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale. Comme je l'ai indiqué plus tôt, un programme était aussi ouvert aux personnes de 30 ans et plus. Je ne considère pas que la preuve relative au nombre de places disponibles constitue un facteur important pour dégager l'objet du texte de loi.

242 In my view, the treatment of legislative purpose at this stage of the s. 15(1) analysis must not undermine or replace that which will be undertaken when applying s. 1. Whether the distinction is made explicitly in the legislation, as compared with a facially neutral scheme, is immaterial when looking at legislative purpose. Indeed, this Court has adopted a unified approach to discrimination for claims under both the *Charter* and provincial human rights statutes, and affirmed that the method of discrimination is irrelevant. As McLachlin J. wrote for a unanimous Court in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at paras. 47-48:

> In the *Charter* context, the distinction between direct and adverse effect discrimination may have some analytical significance but, because the principal concern is the

À mon avis, l'examen de l'objet du texte de loi effectué à ce stade-ci de l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne doit pas rendre inutile ou remplacer l'analyse qui doit être faite ultérieurement en application de l'article premier. Le fait d'être en présence d'une distinction prévue explicitement par le texte de loi plutôt que d'un régime en apparence neutre n'a aucune pertinence dans l'examen de l'objet du texte de loi. D'ailleurs, notre Cour a adopté une démarche uniforme à l'égard des plaintes de discrimination présentées en vertu soit de la *Charte* soit des lois provinciales sur les droits de la personne, et elle a confirmé que la méthode par laquelle la discrimination est créée n'est pas pertinente. Comme l'a indiqué le juge McLachlin, dans les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 47-48 :

> Dans le contexte de la *Charte*, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut avoir une certaine importance

effect of the impugned law, it has little legal importance. As Iacobucci J. noted at para. 80 of *Law*, *supra*:

> While it is well established that it is open to a s. 15(1) claimant to establish discrimination by demonstrating a discriminatory legislative purpose, proof of legislative intent is not required in order to found a s. 15(1) claim: *Andrews*, *supra*, at p. 174. What is required is that the claimant establish that either the purpose or the effect of the legislation infringes s. 15(1), such that the onus may be satisfied by showing only a discriminatory effect. (Emphasis in original.)

Where s. 15(1) of the *Charter* is concerned, therefore, this Court has recognized that the negative effect on the individual complainant's dignity does not substantially vary depending on whether the discrimination is overt or covert. [Emphasis in original.]

Whether a positive legislative purpose may be relevant under the *Law* analysis at the s. 15 stage is another matter. As is clear in the passage from *Law* that I have just reproduced, a claimant may demonstrate an infringement of s. 15(1) by either the legislative purpose or the effect. In the context, it is clear that Iacobucci J. is talking only about a detrimental purpose or effect, since it is nonsensical to think that a claimant might establish that a beneficial or benign purpose or effect infringes s. 15(1). It may be argued that a positive legislative intention might make some difference in the subjective-objective assessment of a distinction's impact on a claimant's human dignity, but the "principal concern", as McLachlin J. put it, remains the effect. Furthermore, any argument based on the positive legislative intention must take into account the impugned distinction. As stated earlier, the assumption that long-term benefits of training are greater for younger persons has nothing to do with the present need of all persons for a minimum amount of support and their likely response to the availability of training programs through penalties or incentives.

sur le plan analytique, mais, puisque la principale préoccupation est l'effet de la loi contestée, cette distinction a peu d'importance sur le plan juridique. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer au par. 80 de l'arrêt *Law*, précité :

> Bien qu'il soit bien établi qu'il est loisible à la personne qui invoque le par. 15(1) de faire la preuve de la discrimination en démontrant que la loi a un objet discriminatoire, la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur l'art. 15 : *Andrews*, précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que soit l'objet, soit l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire. (Souligné dans l'original.)

Lorsqu'il est question du par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour reconnaît donc que l'effet négatif sur la dignité du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée [Souligné dans l'original.]

243 Constitue une tout autre question celle de savoir si le fait qu'un texte de loi a un objet positif peut s'avérer un facteur pertinent dans l'analyse prescrite par l'arrêt *Law* à l'étape de l'art. 15. Comme l'indique clairement l'extrait de cet arrêt que je viens de citer, le demandeur peut établir l'existence d'une violation du par. 15(1) en s'attachant soit à l'objet du texte de loi soit à son effet. Vu le contexte, il est évident que le juge Iacobucci ne vise que les objets ou effets préjudiciables, puisqu'il est absurde de penser qu'un demandeur puisse prouver qu'un objet ou effet bénéfique ou bénin contrevient au par. 15(1). Il est possible de prétendre que le fait que l'intention du législateur soit positive puisse jouer dans une certaine mesure dans l'appréciation subjective-objective de l'effet de la distinction sur la dignité humaine du demandeur, mais la « principale préoccupation », pour reprendre l'expression du juge McLachlin, demeure l'effet du texte de loi. Qui plus est, tout argument invoquant l'intention positive du législateur doit tenir compte de la distinction contestée. Comme il a été indiqué plus tôt, la prémisse selon laquelle les bénéfices à long terme de la formation sont plus grands pour les jeunes n'a aucun rapport avec le besoin de toute personne de recevoir une aide financière minimale et avec la réponse probable des jeunes à la disponibilité de programmes de formation assortis de sanctions ou d'incitatifs.

244 Indeed, giving too much weight here to what the government says was its objective in designing the scheme would amount to accepting a s. 1 justification before it is required. Commentators have already raised concerns with the blurring between s. 15 and s. 1: see e.g. C. D. Bredt and A. M. Dodek, "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175, at p. 182; Hogg, *supra*, at p. 52-27. In my view, it is highly significant whether certain factors are considered under s. 15 or s. 1. As the Chief Justice recently wrote for the majority of this Court in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, at para. 10:

> The *Charter* distinguishes between two separate issues: whether a right has been infringed, and whether the limitation is justified. The complainant bears the burden of showing the infringement of a right (the first step), at which point the burden shifts to the government to justify the limit as a reasonable limit under s. 1 (the second step). These are distinct processes with different burdens.

The point is that under the *Oakes* analysis, the legislative objective is not accepted uncritically. At the s. 15 stage, it is not appropriate to accept at face value the legislature's characterization of the purpose of the legislation and then use that to negate the otherwise discriminatory effects.

245 In any case, as I have noted, the legislature's intention is much less important at this stage of the *Law* analysis than the real effects on the claimant. The fundamental question, then, in this case, is not how the legislature viewed the scheme, nor how members of the majority would have viewed it in relation to the claimant group. The approach set out for us by *Law* is to ask how any member of the majority, reasonably informed, would feel in the shoes of the claimant, experiencing the effects of the legislation. This approach is essential: if people whom the legislature views as different are not

De fait, accorder un poids trop grand ici aux prétentions du gouvernement quant à l'objectif qu'il poursuivait lorsqu'il a conçu le régime en litige reviendrait à accepter une justification au regard de l'article premier avant même qu'elle ne soit requise. Des commentateurs ont déjà exprimé certaines inquiétudes relativement à la confusion qui existe entre l'art. 15 et l'article premier : voir, par exemple, C. D. Bredt et A. M. Dodek, « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter » (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175, p. 182; Hogg, *op. cit.*, p. 52-27. À mon avis, le fait que certains facteurs soient pris en compte soit dans l'analyse fondée sur l'article premier, soit dans celle fondée sur l'art. 15, est très pertinent. Comme l'a indiqué récemment le Juge en chef dans les motifs de la majorité dans l'arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, par. 10 :

> La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). Il s'agit de deux processus distincts impliquant des fardeaux de preuve différents.

Le fait est que, dans le cadre de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal n'accepte pas aveuglément ce qui, avance-t-on, serait l'objectif visé par le texte de loi. À l'étape de l'examen fondé sur l'art. 15, il ne convient pas d'accepter sans réserve la description que donne le législateur de l'objet de la loi et de l'invoquer ensuite pour faire contrepoids à des effets par ailleurs discriminatoires.

Quoi qu'il en soit, comme je l'ai souligné précédemment, à cette étape-ci de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Law*, l'intention du législateur revêt beaucoup moins d'importance que les effets concrets de la mesure sur le demandeur. Par conséquent, la question fondamentale en l'espèce ne consiste pas à se demander comment les membres de la majorité de la population auraient considéré le régime par rapport aux membres du groupe de l'appelante. La démarche énoncée dans *Law* consiste à se demander comment tout membre raisonnablement bien informé de la majorité se sentirait s'il se trouvait dans la

demonstrably different at all, the measure should not be acceptable. In other words, this Court's holding that substantive equality can mean treating different people differently applies only where there is a genuine difference.

Moreover, unlike the situation in *Law*, in which the legislation in question gradually decreased the benefits from the age of 45 to 35, the *Social Aid Act* created a bright line at 30, a line which appears to have had little, if any, relationship to the real situation of younger people. As the appellant has demonstrated, and the respondent conceded, the dietary and housing costs of people under 30 are no different from those 30 and over. The respondent argued that those under 30 were more likely to live with their parents than those 30 and over. While this appears to have been true, the government had no empirical data to support that view when it adopted the Regulation; it was also shown that those over 25 were much less likely to live with their parents than those under 25. Thus, the decision to draw a bright line at the age of 30 appears to have little to do with the actual situation of the affected group.

No attempt appears to have been made by the government to actually identify those recipients who were living with their parents, either through the Regulation or through the screening and application process. In fact, no effort was made to establish what living conditions were and a presumption was adopted that all persons under 30 received assistance from their family. This was obviously untrue, as the appellant's personal experience has shown. It is worth mentioning here that this situation is very different from that in *Law*, where there was a rational basis for presuming that younger widows had fewer

situation de l'appelante et subissait les effets du texte de loi contesté. Cette démarche est essentielle : si des personnes que le législateur considère différentes ne le sont visiblement pas de quelque façon que ce soit, la mesure litigieuse ne saurait être acceptable. En d'autres mots, la conclusion de notre Cour selon laquelle l'égalité réelle peut impliquer que des personnes différentes doivent être traitées différemment ne s'applique que lorsqu'il existe une différence réelle.

246 Qui plus est, contrairement à la situation qui existait dans l'arrêt *Law*, où le texte de loi contesté accordait aux bénéficiaires âgés de 35 à 45 ans des prestations n'augmentant que progressivement, en l'espèce la *Loi sur l'aide sociale* fixait une ligne de démarcation nette — 30 ans —, qui paraît n'avoir que peu de rapports, voire aucun, avec la situation véritable des adultes de moins de 30 ans. Comme l'a démontré l'appelante — point qu'a d'ailleurs concédé l'intimé —, les dépenses au titre de l'alimentation et du logement des personnes de moins de 30 ans ne diffèrent pas de celles des personnes de 30 ans et plus. De prétendre l'intimé, les personnes de moins de 30 ans étaient plus susceptibles de vivre chez leurs parents que celles de 30 ans et plus. Bien que cela semble avoir été le cas, le gouvernement ne possédait aucune donnée empirique étayant cette affirmation au moment où il a pris le Règlement. On a par ailleurs également démontré que les 25 ans et plus étaient beaucoup moins susceptibles de vivre chez leurs parents que les moins de 25 ans. Par conséquent, il semble que la décision de tracer une ligne de démarcation nette à 30 ans ait peu à voir avec la situation réelle du groupe touché.

247 Le gouvernement ne semble pas avoir tenté d'identifier concrètement les bénéficiaires vivant chez leurs parents, que ce soit au moyen du Règlement ou dans le cadre du processus de tamisage et d'examen des demandes. De fait, aucun effort n'a été déployé pour déterminer les conditions de vie des personnes de moins de 30 ans et l'on a présumé que ces dernières recevaient toutes de l'aide de leur famille, ce qui n'était évidemment pas le cas, comme en témoigne l'expérience personnelle de l'appelante. Il importe de rappeler que, en l'espèce, la situation est fort différente de celle qui

needs and superior means of meeting those needs than older widows. In contrast, the young in the present case have similar needs to their elders and their relative youth provides no advantage in meeting those needs.

248 While the government offered evidence to show that the programs it established targeted what it saw as the needs of those under 30, there does seem to have been a certain degree of reliance on the fact that, by happenstance, the distinction between those under 30 years of age and those 30 and over had traditionally existed in Quebec's social assistance laws. As the government economist Pierre Fortin noted in his report, speaking about the need to do something about the difficult situation facing young welfare recipients:

> [TRANSLATION] An opportunity was provided by the existence of the reduced scale for those capable of working who were under 30 years of age, which could be brought back up to the regular scale provided the recipient participated in one or other of the employability development measures.
>
> (P. Fortin, "Les mesures d'employabilité à l'aide sociale: origine, signification et portée" (February 1990), at p. 3)

The prior existence of the distinction between beneficiaries under 30 and those 30 and over was based upon older schemes which had sought to emphasize the "principle of parental responsibility" and which had been created within the context of much lower levels of youth unemployment. Thus, the relationship between the actual needs of welfare recipients under 30 and the provisions of the *Social Aid Act* and Regulation was not particularly strong. By relying on a distinction that had existed decades earlier and that did not take into account the actual circumstances faced by those under 30 in the 1980s, the legislation appears to have shown little respect for the value of those recipients as individual human beings. It created for them what it defined as substandard living conditions on the

existait dans l'affaire *Law*, où il existait des raisons logiques de présumer que les jeunes veuves avaient des besoins moins nombreux que ceux des veuves plus âgées et qu'elles disposaient de ressources supérieures pour y subvenir. À l'opposé, les jeunes adultes visés en l'espèce ont des besoins semblables à ceux de leurs aînés et leur relative jeunesse n'offre aucun avantage lorsqu'il s'agit de satisfaire ces besoins.

Bien que le gouvernement ait présenté des éléments de preuve pour démontrer que ses programmes visaient à répondre à ce qu'il considérait comme les besoins des personnes de moins de 30 ans, il semble fortuitement s'être servi jusqu'à un certain point de la distinction entre les moins de 30 ans et les 30 ans et plus qu'on a traditionnellement faite au Québec dans les lois en matière d'aide sociale. Comme l'a souligné dans son rapport l'économiste du gouvernement, Pierre Fortin, relativement au besoin d'agir à l'égard de la situation difficile dans laquelle se trouvaient les jeunes bénéficiaires d'aide sociale :

> L'occasion en fut fournie par l'existence du barème réduit pour les aptes de moins de 30 ans, qu'on pouvait ramener au barème régulier sous condition de participation à l'une ou l'autre des mesures de développement de l'employabilité.
>
> (P. Fortin, « Les mesures d'employabilité à l'aide sociale : origine, signification et portée » (février 1990), p. 3)

La préexistence de la distinction entre les bénéficiaires de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus était fondée sur d'anciens régimes dans lesquels on avait voulu mettre l'accent sur le « principe de la responsabilité parentale » et qui avaient été créés durant des périodes où le taux de chômage chez les jeunes était beaucoup plus bas. Par conséquent, le lien entre les besoins réels des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et les dispositions de la *Loi sur l'aide sociale* et de son règlement d'application n'était pas particulièrement solide. En se fondant sur une distinction qu'on avait faite plusieurs décennies auparavant et qui ne tenait même pas compte de la situation véritable des moins de 30 ans dans les années 80, on semble avoir fait preuve de peu de respect dans le texte de loi pour la valeur de ces

basis of their age. Where, as here, persons experience serious detriment and evidence shows that the presumptions guiding the legislature were factually unsupported, it is not necessary to demonstrate actual stereotyping, prejudice, or other discriminatory intention. Nor does a positive intention save the regulation. That is the lesson to be drawn from this Court's cases on indirect or effects discrimination: *BCGSEU*, *supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114. I would therefore disagree with the Chief Justice's views as expressed at para. 38 of her reasons. She writes there that far from being stereotypical or arbitrary, the program was calibrated to address the particular needs and circumstances of young adults requiring social assistance. In my view it is more appropriate to characterize the government's action in this way: Based on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lower needs, the program delivered to those people two thirds less of what the government viewed as the basic survival amount, drawing its distinction on a characteristic over which those people had no control, their age.

Before turning to the next contextual factor, I wish to address the issue of evidence and the burden of proof necessary to demonstrate a *Canadian Charter* infringement. The Chief Justice is clearly influenced by what she perceives as the lack of evidence from other individuals besides Ms. Gosselin in support of the contentions of adverse effect. It appears to me that the Chief Justice is also influenced by the procedural fact that Ms. Gosselin's claim was authorized as a class action. It is clear that, in Quebec, to obtain authorization for a class action, the applicant must

personnes en tant qu'êtres humains. Sur le fondement de l'âge, le texte de loi créait pour ces personnes des conditions de vie inférieures à celles qu'il définissait comme étant des conditions minimales. Dans les cas où, comme en l'espèce, des personnes subissent un grave désavantage et où la preuve démontre que les hypothèses ayant guidé le législateur n'étaient pas étayées par les faits, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence concrète de stéréotype, préjugé ou autre intention discriminatoire. L'existence d'une intention positive ne préserve pas davantage la validité de la mesure réglementaire litigieuse. Voilà l'enseignement qu'il faut tirer de la jurisprudence de notre Cour sur la discrimination indirecte ou les effets de la discrimination : *BCGSEU*, précité; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114. Je ne saurais donc souscrire aux vues exprimées par le Juge en chef au par. 38, où elle écrit que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, le programme était conçu pour répondre à la situation et aux besoins particuliers des jeunes adultes nécessitant de l'aide sociale. Voici, à mon avis, une description plus fidèle de la mesure établie par le gouvernement : basé sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi, le programme accordait aux premières une somme inférieure des deux tiers à celle que le gouvernement considérait comme le strict nécessaire, et il fondait cette distinction de traitement sur une caractéristique indépendante de la volonté de ces personnes, à savoir leur âge.

249 Avant d'amorcer l'analyse du prochain facteur contextuel, je tiens à examiner la question du fardeau de la preuve et de la preuve requise pour établir l'existence d'une violation de la *Charte canadienne*. Madame le Juge en chef est manifestement influencée par ce qu'elle considère être l'absence de preuve, émanant d'autres personnes que M^me^ Gosselin, au soutien des prétentions reprochant l'existence d'effets préjudiciables. Il me semble qu'elle est également influencée par le fait d'ordre procédural que la demande de M^me^ Gosselin est un recours collectif.

prove the existence of a group of persons harmed by facts deriving from a common origin: P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), at p. 400. Ms. Gosselin obtained authorization, and that authorization is not a live issue in this appeal, so it is established that she has proved the existence of such a group before the court. While even respecting the common law mechanism it is not necessary that common issues predominate or that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 39, *per* McLachlin C.J.), the legislature in Quebec deliberately departed from the conception of common interest by which all points at issue must be identical, questions of law as well as questions of fact. The legislative intention was for the class action to apply where the problem raised by a member of the group resembles without being identical to those raised by other members. See Lafond, *supra*, at pp. 405-6; *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(*a*). The question of the extent of individual disadvantage suffered would become relevant much later, when calculating damages. At this stage, however, it would be a departure from past jurisprudence for this Court to refuse to find a *Canadian Charter* breach on the basis that the claimant had not proven disadvantage to enough others. As the Chief Justice wrote in *Sauvé*, *supra*, at para. 55: "Even one person whose *Charter* rights are unjustifiably limited is entitled to seek redress under the *Charter*."

Au Québec, il est clair que la personne qui demande l'autorisation d'intenter un recours collectif doit prouver l'existence d'un groupe de personnes lésées par des faits ayant une origine commune : P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), p. 400. Madame Gosselin a obtenu l'autorisation requise et il ne s'agit pas d'une question en litige dans le présent pourvoi. En conséquence, elle a prouvé l'existence d'un tel groupe devant les tribunaux. Bien qu'il ne soit pas nécessaire (et ce même suivant les règles de la common law applicables en la matière) que les questions communes prédominent, ni que les membres du groupe soient dans une situation identique vis-à-vis de la partie adverse (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 39, le juge en chef McLachlin), le législateur québécois a délibérément dérogé à la notion d'intérêt commun, notion requérant que toutes les questions — juridiques et factuelles — soient identiques. L'intention du législateur était d'autoriser les recours collectifs lorsque le problème soulevé par un membre du groupe ressemble à ceux soulevés par les autres membres, sans pour autant être identique. Voir Lafond, *op. cit.*, p. 405-406; al. 1003*a*) du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. La question de l'étendue du désavantage subi par chacun devient pertinente beaucoup plus tard, au moment de la détermination des dommages-intérêts. À cette étape-ci, toutefois, constituerait une dérogation à la jurisprudence antérieure de notre Cour le fait de refuser de conclure à l'existence d'une violation de la *Charte canadienne* au motif que l'appelante n'aurait pas établi qu'un nombre suffisamment grand d'autres personnes ont elles aussi subi un désavantage. Comme l'a souligné le Juge en chef dans l'arrêt *Sauvé*, précité, par. 55 : « L'atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d'une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la *Charte*. »

(iii) Ameliorative Purpose

250 The respondent argues that the purpose of this legislation was ameliorative in that it was meant to improve the situation of unemployed youths through academic and experiential benefits, as opposed to

(iii) L'objet améliorateur

L'intimé affirme que le texte de loi avait un objet améliorateur en ce qu'il visait à améliorer la situation des jeunes chômeurs au moyen de mesures de formation et d'expérience de travail, plutôt

exclusively pecuniary assistance. Quite simply, this is not a useful factor in determining whether this legislation's differential treatment was discriminatory. In *Law*, *supra*, Iacobucci J. held that a piece of legislation might be less harmful to a group's dignity if its purpose or effect is to help a more disadvantaged person or group in society. In that case, the fact that the purpose of the legislation was to aid elderly widows meant that the impact on the dignity of those under the age of 35 was lessened. Such is not the case here. In this case, the legislature has differentiated between the appellant's group and other welfare recipients based on what it claims is an effort to ameliorate the situation of the very group in question. Groups that are the subject of an inferior differential treatment based on an enumerated or analogous ground are not treated with dignity just because the government claims that the detrimental provisions are "for their own good". If the purpose and effect of the distinction really are to help the group in question, the government should be able to show a tight correspondence between the grounds upon which the distinction is being made and the actual needs of the group. Here, no correspondence has been shown between the lower benefit and the actual needs of the group, even though it may have been established that the programs were themselves beneficial. The only logical inference for the differential treatment is that younger welfare recipients will not respond as positively to training opportunities and must be coerced by punitive measures while older welfare recipients are expected to respond positively to incentives.

(iv) Nature of the Interest Affected

The more important the interest that is affected by differential treatment, the greater the chance that such differential treatment will threaten a group's self-worth and dignity. This determination will

que par une assistance exclusivement financière. Il ne s'agit vraiment pas d'un facteur utile pour décider si le traitement différent prévu par le texte de loi était discriminatoire. Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a conclu qu'un texte de loi pourrait avoir un effet préjudiciable moins grand sur la dignité d'un groupe si ce texte a pour objet ou effet d'aider des personnes ou groupes plus défavorisés dans notre société. Dans cette affaire, le fait que l'objet de la loi en litige était de venir en aide aux veuves âgées avait pour effet d'atténuer l'incidence de cette loi sur la dignité des personnes de moins de 35 ans. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, la législature a établi une distinction entre le groupe dont fait partie l'appelante et les autres bénéficiaires d'aide sociale en se fondant sur ce qu'elle affirme être un effort d'amélioration de la situation du groupe en question. Un groupe qui fait l'objet d'un traitement différent et moins favorable, fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, n'est pas traité avec dignité du seul fait que le gouvernement prétend avoir pris ses dispositions préjudiciables « pour le bien du groupe ». Si la distinction a réellement pour objet et pour effet de venir en aide au groupe en question, le gouvernement devrait être en mesure d'établir une correspondance étroite entre les motifs sur lesquels la distinction est fondée et les besoins véritables du groupe. En l'espèce, on n'a pu démontrer aucune correspondance entre les prestations inférieures et les besoins réels du groupe, même si on a peut-être été en mesure d'établir que les programmes étaient en soi utiles. La seule inférence logique qu'il est possible de tirer de la différence de traitement est que les jeunes bénéficiaires d'aide sociale ne répondent pas aussi favorablement aux occasions de formation que leurs aînés et qu'ils doivent être contraints à y participer au moyen de mesures pénalisantes, alors qu'on peut escompter que les bénéficiaires plus âgés répondront positivement aux incitatifs.

(iv) La nature du droit touché

Plus le droit touché par le traitement différent est important, plus il y a de risques que ce traitement menace l'estime de soi et la dignité du groupe visé. Pour décider si c'est le cas, il faut

251

generally require both a qualitative assessment of the interest affected and a quantitative inquiry as to the extent to which it is denied to the claimant. This case deals with a social assistance program which, despite the admitted existence of a secondary objective of helping people integrate into the workforce, has as its stated purpose the provision of the basic necessities for those in need. Thus, when the government creates a distinction that in some cases will result in people receiving only one third of what it has deemed to be the bare minimum for the sustainment of life, the effect on the members of the group is severe. As Iacobucci J. held in *Law*, *supra*, citing L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*: "the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question" (para. 74). Here, there is an obvious and important interest in having enough money to assure one's own survival.

252 In *Law*, the Court noted that the purpose and function of the impugned CPP provisions were not to remedy the immediate financial need experienced by widows and widowers, but rather to enable older widows and widowers to meet their basic needs in the long term. In this case, while it is admitted that dealing with long-term dependancy is one of the legislation's objectives, the short-term remedying of immediate financial needs continues to play a dominant role in the objectives of the legislation. The difference in the nature and importance of the interest affected — provision for basic needs immediately as opposed to over the long term — is one of the crucial distinctions between the present case and *Law*. The effect of the distinction in the present case is that the claimant and others like her would have had their income far below not just the government's poverty line, but its basic survival amount. A

généralement procéder à la fois à une appréciation qualitative du droit touché et à une analyse quantitative visant à déterminer dans quelle mesure ce droit a été refusé au demandeur. Le présent pourvoi porte sur un programme d'aide sociale qui, bien qu'on lui ait reconnu un objectif secondaire — savoir celui d'aider les gens à s'intégrer dans la population active —, avait comme objectif explicite de pourvoir aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses. Par conséquent, lorsque le gouvernement crée une distinction qui, dans certains cas, a pour effet que des personnes reçoivent seulement le tiers de la somme que le gouvernement lui-même a jugée constituer le strict minimum dont a besoin une personne pour subvenir à ses besoins, l'effet de cette distinction sur les membres du groupe concerné est sérieux. Comme a conclu le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, par. 74, citant les propos suivants du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité : « on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans mesurer non seulement l'importance économique, mais aussi l'importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte ». En l'espèce, un droit évident et important est en jeu, soit celui des individus de disposer de suffisamment d'argent pour assurer leur subsistance.

Dans l'arrêt *Law*, la Cour a précisé que l'objet et la fonction des dispositions contestées du RPC n'étaient pas de pourvoir aux besoins financiers immédiats des veuves et des veufs, mais plutôt de permettre aux veuves et aux veufs plus âgés de subvenir à long terme à leurs besoins essentiels. Dans le présent pourvoi, quoique l'on reconnaisse que l'un des objectifs du texte de loi soit de lutter contre la dépendance chronique à l'aide sociale, répondre à court terme aux besoins financiers immédiats continue d'être un aspect primordial des objectifs de ce texte de loi. La différence en ce qui concerne la nature et l'importance du droit touché — à savoir la satisfaction immédiate, plutôt qu'à long terme, des besoins essentiels — est l'une des distinctions cruciales entre la présente affaire et l'arrêt *Law*. L'effet de la distinction en l'espèce est que l'appelante et les personnes dans sa situation

genuine contextual approach will appreciate this distinction and will not find the result determined by the apparent similarities in that both cases address an age distinction for a government benefit.

étaient susceptibles d'avoir un revenu bien inférieur non seulement au seuil de pauvreté établi par le gouvernement, mais également à la somme considérée par celui-ci comme le minimum essentiel pour survivre. Une véritable démarche contextuelle tient compte de cette distinction et ne laissera pas le résultat être dicté par les apparentes similitudes entre les deux affaires, à savoir le fait qu'il s'agit dans les deux cas d'une distinction fondée sur l'âge, qui détermine le droit à une prestation gouvernementale.

In her submissions, the respondent argues that it was not the creation of a lower base level of support for young people that was responsible for the deplorable situation in which many of them found themselves during the early 1980s. Instead, she argues, what was being offered were skills to allow young persons to enter the workforce, thereby reinforcing their dignity and self-worth:

253 Dans ses observations, l'intimé fait valoir que la situation déplorable dans laquelle se trouvaient de nombreux jeunes au début des années 80 ne résultait pas de l'établissement de niveaux d'assistance moins élevés. À son avis, on donnait plutôt aux jeunes la chance d'acquérir des compétences visant à leur permettre de s'intégrer dans la population active et ainsi de renforcer leur dignité et leur estime de soi :

[TRANSLATION] . . . work is universally recognized as an essential component of human dignity. . . .

. . . le travail est universellement reconnu comme une composante essentielle de la dignité humaine . . .

This statement says nothing about the differential treatment of those offered opportunities to obtain training or work experience. Furthermore, what much of the government's reasoning neglects is that the global economic situation that created the need for a program to help young people was characterized by the fact that there were no jobs available. The reason that these young people were not in the labour force was not exclusively that their skills were too low, or that they were undereducated, but that there were no jobs to be had. This is not to question the wisdom of the government's programs, but to emphasize that the effect that the maintenance of this distinction had on the members of the group in question was real and severe given the economic context of the time. Even if one were to accept, as I do not, that the government's positive intention was a significant factor in diminishing the impact of the impugned law on human dignity, or that there was no implicit stereotype that young persons would not have participated in training programs absent severe deprivation, any reading of the evidence indicates that it was highly improbable that a person under 30,

254 Cette affirmation ne renseigne en rien sur le traitement différent réservé à ceux à qui on offrait la possibilité d'obtenir de la formation et de l'expérience. En outre, un point à propos duquel le raisonnement du gouvernement est pour l'essentiel muet est le fait que la conjoncture générale, qui avait donné naissance au besoin d'établir un programme d'aide pour les jeunes, se caractérisait par l'absence d'emplois. La raison pour laquelle ces jeunes ne faisaient pas partie de la population active n'était pas exclusivement le fait qu'ils possédaient des compétences ou des études insuffisantes, mais aussi le fait qu'il n'y avait pas d'emplois disponibles. L'idée n'est pas de mettre en doute la sagesse des programmes du gouvernement, mais de bien faire ressortir que le maintien de la distinction a eu une incidence réelle et sérieuse sur les membres du groupe en question, vu le contexte économique de l'époque. Même si on accepte — ce que je ne fais pas — que l'intention positive du gouvernement a contribué de façon importante à réduire l'incidence de la mesure législative contestée sur la dignité humaine, ou encore qu'il n'existait aucun stéréotype implicite fondé sur l'idée que les

with the best intentions, could at all times until he or she was 30 years old be registered in a program and therefore receive the full subsistence amount. Not all programs were open to each welfare recipient, and there would inevitably be waiting periods between the completion of one program and the start of another. During such periods, persons under 30 would clearly be exposed to deep poverty unlike persons 30 and over, in a way going directly to their human dignity and full participation as equally valued members of society.

255 The situation of Ms. Gosselin herself is illustrative of the manner in which s. 29(*a*) operated and affected her basic human dignity. There is no necessity for her to bring evidence of actual deprivation of other named welfare recipients under the age of 30. From the inception of the legislative scheme in question, Ms. Gosselin spent some months participating in the programs, receiving full benefits, and some months between programs, receiving a reduced amount in benefits. During the times that she was participating in the programs, she benefited from the experience that the programs offered, as well as the increase in benefits that such participation provided her. But, being a person under 30 years of age, much of the time she was living in fear of being returned to the reduced level of support. At certain times, she was not immediately capable of entering into a program; then, as well as when a program ended, she was left to fall back on the lower benefit. When she was given the opportunity of participating in a program, she took advantage of it. But if her participation in a particular program did not work out, as when she discovered that she had an allergy to animals and could no longer work at the pet store, she was left to survive on the reduced amount until another placement was made available to her. The presumption that she could rely on her mother was not based on true fact. She was in reality forced

jeunes adultes ne participeraient pas aux programmes de formation à moins de risquer de graves privations, il ressort de la preuve, peu importe l'angle sous lequel on l'examine, qu'il était hautement improbable qu'une personne de moins de 30 ans, aussi déterminée fut-elle, aurait pu à tout moment jusqu'à son trentième anniversaire être inscrite à un programme et recevoir le plein montant des prestations. Les divers programmes n'étaient pas ouverts à tous les bénéficiaires d'aide sociale et il y avait inévitablement des périodes d'attente entre la fin d'un programme et le début d'un autre. Durant ces intervalles, les moins de 30 ans, contrairement à leurs aînés, étaient clairement exposés à souffrir d'extrême pauvreté, et ce d'une manière affectant directement leur dignité humaine et les empêchant d'être considérés comme des membres à part entière de la société.

La situation de M^me^ Gosselin permet d'illustrer l'application de l'al. 29*a*) et la façon dont il portait atteinte à sa dignité fondamentale. Elle n'est pas tenue de prouver que d'autres bénéficiaires d'aide sociale nommément désignés et âgés de moins de 30 ans ont subi des privations concrètes. Dès l'entrée en vigueur du régime légal en question, M^me^ Gosselin a participé aux programmes pendant un certain nombre de mois au cours desquels elle recevait le plein montant des prestations, alors que durant les mois où les programmes n'étaient pas offerts elle touchait des prestations réduites. Pendant les périodes où elle a pris part aux programmes, elle a profité de l'expérience que ces programmes lui permettaient d'acquérir ainsi que d'une majoration de ses prestations. Cependant, comme elle avait moins de 30 ans, elle vivait la plupart du temps dans la crainte de voir ses prestations réduites. Parfois, il lui était impossible de s'inscrire immédiatement à un programme. À ces moments, ainsi que dans les cas où un programme prenait fin, elle recommençait à toucher les prestations réduites. Lorsqu'elle a eu l'occasion de participer à un programme, elle en a profité. Cependant, si sa participation à un programme donné ne fonctionnait pas, mentionnons par exemple la fois où elle a découvert qu'elle était allergique aux animaux et a dû cesser de travailler à l'animalerie, elle devait subvenir à ses besoins à l'aide des prestations réduites jusqu'au prochain placement

to survive on less than the recognized minimum received by those 30 and over.

This threat to her living income, described by a government witness as "the stick" to accompany "the carrot", caused a great deal of stress to the appellant. This additional stress, which was not experienced by those recipients 30 and over, dominated the appellant's life. Even when she was able to live with her mother, the arrangement was not ideal. It was in fact a situation she expended a great deal of energy in avoiding. At certain times, living with her mother was not even an option, as when the rules in her mother's housing changed, preventing the appellant from sharing her mother's one-bedroom apartment. Undoubtedly, this is a situation that would be stressful for any person, but for the purposes of s. 15 what made the appellant's experience demeaning was the fact that she was placed in a position that the government itself admits is a precarious and unliveable one, while it provided that older recipients of social assistance would be permitted to participate in at least one of the same programs and to receive an equivalent increase in benefits. Older recipients did not suffer a massive decrease in their benefits for failure to participate in a self-improvement program. This distinction was made simply on the basis of age, not need, opportunity or personal circumstances.

I wish to reiterate that, as this Court's jurisprudence makes clear, the fourth contextual inquiry focuses on the particular interest denied or limited in respect of the claimant, not the societal interests engaged by the legislature's broader program or another particular benefit purportedly being provided to the claimant. In my view, the interests that the Chief Justice discusses under the fourth inquiry of the *Law* test at para. 65 belong properly under the s. 1 justification. The interest denied to the

professionnel. La présomption selon laquelle elle pouvait compter sur l'aide de sa mère ne reposait sur aucun fait concret. En réalité, elle était contrainte de subvenir à ses besoins au moyen de ressources inférieures au minimum reconnu, que recevaient par ailleurs les 30 ans et plus.

256 Cette menace à son revenu, qu'un témoin du gouvernement a décrit comme « le bâton » accompagnant « la carotte », a beaucoup stressé l'appelante. Ce stress additionnel, que ne vivaient pas les bénéficiaires de 30 ans et plus, a dominé la vie de l'appelante. Même lorsqu'elle a pu vivre chez sa mère, ce n'était pas l'arrangement idéal. C'était en fait une situation qu'elle cherchait énergiquement à éviter. À certains moments, vivre chez sa mère n'était même pas une possibilité, notamment lorsque des modifications apportées aux règlements de l'immeuble où celle-ci habitait l'ont empêchée de partager l'appartement de sa mère, qui ne comptait qu'une chambre à coucher. Il ne fait pas de doute qu'une telle situation serait stressante pour n'importe qui, mais, pour l'application de l'art. 15, ce qui a rendu humiliante l'expérience vécue par l'appelante est le fait qu'elle a été placée dans une situation que le gouvernement reconnaît lui-même comme précaire et invivable, alors qu'il permettait aux bénéficiaires d'aide sociale plus âgés de participer à au moins un de ces mêmes programmes et de profiter de la même majoration de leurs prestations. Ces bénéficiaires ne subissaient pas de réduction massive de leurs prestations s'ils ne participaient pas à un programme d'amélioration de leur situation personnelle. On a établi cette distinction sur le seul fondement de l'âge des personnes visées et non en fonction de leurs besoins, de leurs possibilités ou de leur situation personnelle.

257 Je tiens à rappeler que, comme l'indique clairement la jurisprudence de notre Cour, la quatrième analyse contextuelle porte sur le droit particulier dont le demandeur se voit privé entièrement ou partiellement, et non sur les intérêts sociétaux que sert l'ensemble du programme du législateur ou sur un autre avantage particulier censément fourni au demandeur. À mon avis, les droits et intérêts examinés par le Juge en chef, au par. 65, en application du quatrième volet du critère établi dans *Law*, relèvent

appellant in this case was not "faith in the usefulness of education", but rather welfare payments at the government's own recognized subsistence level. Consideration of any "positive impact of the legislation" belongs in the proportionality analysis at s. 1.

258 In conclusion, the appellant has shown that in certain circumstances, and in her circumstances in particular, there were occasions when the effect of the Regulation differentiation between those under 30 years of age and those 30 and over was such that beneficiaries under 30 could objectively be said to have experienced governmental treatment that failed to respect them as full persons. Given that this differential treatment was based on the enumerated ground of age, it was already suspect for the purposes of s. 15. The fact, among others, that no matter what she did, a beneficiary under 30 would never receive the same benefit as a beneficiary 30 or over participating in a similar program confirms, from the standpoint of the reasonable person, that such treatment would affect one's own feeling of self-worth. I would therefore find that the distinction made by s. 29(*a*) of the Regulation is discriminatory.

259 It can be argued that the government could not design a perfect program, and that in a program such as this, some people are bound to fall through the cracks. Indeed, the Chief Justice accepts this argument, noting that a government need not achieve a perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group. But in light of the importance of the interest affected, this should not provide a bar to a finding that Ms. Gosselin's dignity was adversely affected. The severe harm suffered by the appellant as a result of the age-based distinction far exceeds the margin of imperfection Iacobucci J. contemplated in *Law*, *supra*, at para. 105. The respondent's claim that such treatment was in the best interest of the appellant is better left to the s. 1 analysis where the government

plutôt de l'étape de la justification au regard de l'article premier. Le droit nié à l'appelant en l'espèce n'était pas la « foi en l'utilité de l'instruction », mais plutôt des prestations d'aide sociale correspondant au niveau de subsistance reconnu par le gouvernement lui-même. La prise en considération de « l'effet positif de la mesure législative » doit se faire à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier.

En conclusion, l'appelante a démontré que, dans certaines circonstances et particulièrement dans sa situation personnelle, il y a eu des occasions où l'effet de la différence établie par le Règlement entre les moins de 30 ans et les 30 ans et plus était tel qu'on pourrait objectivement affirmer que les premiers ont été traités par le gouvernement d'une manière qui ne les respectait pas en tant que citoyens à part entière. Comme ce traitement différent était fondé sur un motif énuméré, à savoir l'âge, il était déjà suspect pour l'application de l'art. 15. Le fait, notamment, qu'une bénéficiaire de moins de 30 ans ne pourrait jamais, quoi qu'elle fasse, recevoir des prestations égales à celles reçues par les bénéficiaires de 30 ans et plus participant à un programme similaire vient confirmer que, considéré du point de vue d'une personne raisonnable, ce traitement avait pour effet de miner l'estime de soi de l'intéressée. En conséquence, j'estime que la distinction établie par l'al. 29*a*) du Règlement est discriminatoire.

Il est possible de prétendre que le gouvernement n'était pas en mesure d'élaborer un programme parfait et que, dans l'application d'un programme comme celui qui nous intéresse, certaines personnes vont immanquablement être laissées de côté. D'ailleurs, le Juge en chef accepte cet argument, soulignant qu'il n'est pas nécessaire que les programmes gouvernementaux de prestations correspondent parfaitement aux besoins et à la situation véritables du groupe demandeur. Toutefois, vu l'importance du droit touché, cet argument ne saurait empêcher de conclure qu'il y a eu atteinte à la dignité de M^me^ Gosselin. Le grave préjudice subi par l'appelante en raison de la distinction fondée sur l'âge excède considérablement le degré d'inadéquation envisagé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*,

can argue that the adverse effects that the legislation had on the appellant's dignity were justifiable given the practical, economic and social reality of designing a complex social assistance program. Indeed, this sort of reasoning is typical of reasoning under the *Oakes* test, at minimal impairment or proportionality, to determine whether a breach, once found, is justifiable: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. It is not what we associate with s. 15 reasoning, and in this case serves to make sustaining a breach much more onerous. As I noted earlier, the burden of proof is significant, too. The Chief Justice appears to believe that the appellant has the onus, under s. 15(1), to demonstrate not only that she is harmed, but also that the government program allows more than an acceptable number of other individuals to fall through the cracks. Given the government's resources, it is much more appropriate to require it to adduce proof of the importance and purpose of the program and its minimal impairment of equality rights in discharging its burden under s. 1.

(3) Section 1

Since it is found that the appellant's equality rights were infringed by the legislation, the burden falls on the government to prove that such a limit on her rights was a reasonable one that is demonstrably justifiable in a free and democratic society; see *Oakes*, *supra*, at pp. 136-37. In order to demonstrably justify such a limit, the government must show that the provision pursues an objective that is sufficiently important to justify limiting a *Charter* right, and that it does so in a manner that is (1) rationally connected to that objective, (2) impairs the right no more than is reasonably

par. 105. Il est préférable d'examiner dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier l'argument de l'intimé selon lequel ce traitement était dans l'intérêt de l'appelante, le gouvernement pouvant alors plaider que les effets préjudiciables du texte de loi sur la dignité de l'appelante étaient justifiables compte tenu des réalités pratiques, sociales et économiques qui entrent en jeu dans l'établissement d'un complexe programme d'aide sociale. De fait, cet argument est typique du genre de raisonnement qui est fait dans l'application du critère établi dans *Oakes*, à l'étape de l'atteinte minimale ou de la proportionnalité, pour décider si la violation dont l'existence a été établie est justifiable ou non : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Il ne s'agit pas d'un raisonnement qu'on associe à l'analyse fondée sur l'art. 15 et, en l'espèce, il alourdit considérablement la tâche d'établir l'existence d'une violation. Comme je l'ai souligné plus tôt, la question de la charge de la preuve est un facteur important. Le Juge en chef semble croire que l'appelante est tenue, pour l'application du par. 15(1), non seulement de prouver qu'elle a subi un préjudice, mais aussi que le programme gouvernemental laisse sans protection un nombre inacceptable d'autres personnes. Compte tenu des ressources dont dispose le gouvernement, il convient davantage d'obliger celui-ci, lorsqu'il est appelé à s'acquitter du fardeau qui lui incombe dans le cadre de l'article premier, à faire la preuve de l'objet et de l'importance de son programme et à établir que celui-ci ne porte qu'une atteinte minimale aux droits à l'égalité.

(3) L'article premier

Vu la conclusion que le texte de loi a porté atteinte aux droits à l'égalité de l'appelante, il incombe en conséquence au gouvernement d'établir qu'il s'agit d'une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique : voir *Oakes*, précité, p. 136-137. Pour justifier une telle limite, le gouvernement doit démontrer que la disposition vise un objectif suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte* d'une manière (1) qui a un lien rationnel avec cet objectif, (2) qui ne porte pas atteinte à ce droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour

260

necessary to accomplish the objective, and (3) does not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it applies; see *Oakes*, at pp. 138-39.

261 These criteria will be applied with varying levels of rigour depending on the context of the appeal; see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. In this case, we are presented with a law that attempts to remedy the financial situation of the chronically unemployed by providing them with cash benefits and training in order to ensure their subsistence and help them integrate into the workforce. The development of the training programs was obviously a complex process that involved the balancing of various interests, the expenditure of large sums of public money, and a consideration of many variables. Social policy is by no means an exact science; a certain degree of deference should be accorded in reviewing this type of legislation. That being said, the government does not have *carte blanche* to limit rights in the area of social policy.

262 In *Thomson Newspapers*, I held that part of what may lead to deference under a contextual approach to s. 1 is the fact that the legislation is meant to protect a vulnerable group. In such a case, the importance of deferring to the government's decision in balancing competing interests is highlighted. However, in this case, the government claims that the group that it is in fact trying to protect is the very same group whose rights have been infringed. This should militate against an overly deferential approach. If the government wishes to help people by infringing their constitutional rights, the courts should not, given the peculiarities of such an approach, be overly deferential in assessing the objective of the impugned provision or whether the means used were minimally impairing to the right in question.

réaliser l'objectif et (3) qui n'a pas d'effets préjudiciables disproportionnés sur les personnes visées : voir *Oakes*, précité, p. 138-139.

Ces critères sont appliqués de façon plus ou moins stricte, selon le contexte de l'appel : voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dans le présent pourvoi, le texte de loi contesté tente de remédier à la situation financière des chômeurs chroniques en leur offrant des prestations et des programmes de formation visant à les aider à subvenir à leurs besoins et à s'intégrer dans la population active. L'élaboration des programmes de formation fut de toute évidence une tâche complexe, qui a nécessité la conciliation des divers intérêts en jeu, des dépenses considérables sur les fonds publics ainsi que la prise en considération de nombreuses variables. La politique sociale est loin d'être une science exacte; il faut faire montre d'une certaine déférence dans le contrôle de mesures législatives de ce type. Cela ne veut toutefois pas dire que le gouvernement a carte blanche pour restreindre les droits dans le domaine des politiques sociales.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, j'ai jugé qu'une des raisons susceptibles de justifier de faire montre de déférence dans l'application d'une approche contextuelle à l'égard de l'article premier serait le fait que le texte de loi contesté est censé protéger un groupe vulnérable. Dans un tel cas, l'importance de faire preuve de déférence à l'égard de la décision prise par le gouvernement pour concilier les divers intérêts en jeu ressort avec acuité. Cependant, en l'espèce, le groupe que le gouvernement prétend en fait protéger est précisément le groupe dont les droits ont été lésés. Cette constatation devrait militer contre la manifestation d'une trop grande déférence. Si le gouvernement désire aider des gens en portant atteinte à leurs droits constitutionnels, les tribunaux ne devraient pas, compte tenu de la singularité d'une telle démarche, faire montre d'une trop grande déférence lorsqu'ils apprécient l'objectif de la disposition contestée ou se demandent si les moyens utilisés portent le moins possible atteinte au droit en question.

(i) Objective — Pressing and Substantial

In his reasons, Robert J.A. held that for the purposes of the *Oakes* test, it is the objective of the distinction that should be analysed. In doing so, he determined that the distinction served two purposes: (1) to avoid attracting young adults to social assistance, and (2) to facilitate integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. The appellant argues that the objective of the distinction should be analysed in light of the legislation as a whole, in particular, the explicit objective of the legislation under s. 6 to provide supplemental aid to those who fall below a subsistence level. Furthermore, she argues that the objective of the legislation cannot, pursuant to this Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, be found to have "evolved". The respondent agrees with the double objective analysis of Robert J.A.

In my view, the double objective analysis of Robert J.A. is correct. While the s. 1 analysis must not take place in a contextual vacuum, when a specific legislative provision has been found to infringe a *Charter* right, the s. 1 analysis must focus on the objective of that particular provision. In cases such as *Vriend*, *supra*, in which this Court focussed on the legislation as a whole, it did so because the legislation was being challenged for underinclusion; thus, there was no specific provision to be considered. Here, s. 29(*a*) is clearly the impugned provision. The s. 1 analysis must therefore focus on the distinction it creates. If too much weight is given to the objective of the legislation as a whole, this will lead the court into an inquiry of what would be the best way to formulate an entire piece of legislation. That is the province of the legislature.

While the "shifting emphasis" argument accepted by Robert J.A. seems to suggest a novel approach to the s. 1 analysis, I believe it was appropriate to accept it in this case. This Court has normally held that the objectives of legislation cannot be found to have

(i) Un objectif urgent et réel

263 Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel a estimé que, aux fins d'application du critère formulé dans *Oakes*, c'est l'objectif de la distinction qui doit être analysé. Dans son analyse, il a constaté que la distinction visait deux objectifs : (1) éviter l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ceux-ci dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. L'appelante plaide que l'objectif de la distinction devrait être analysé au regard de l'ensemble des mesures législatives pertinentes, plus particulièrement l'objectif explicite prévu à l'art. 6 de la Loi, à savoir fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné. De plus, elle affirme que, conformément à l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 de notre Cour, on ne saurait conclure que l'objectif de la loi a « changé ». L'intimé souscrit à l'analyse du juge Robert basée sur l'existence de deux objectifs.

264 À mon avis, l'analyse préconisée par le juge Robert est bien fondée. Bien que l'analyse relative à l'article premier ne doive pas être effectuée sans contexte, une fois qu'il a été jugé qu'une disposition législative particulière viole un droit garanti par la *Charte*, cette analyse doit s'attacher à l'objectif de la disposition en question. Dans des arrêts comme *Vriend*, précité, où notre Cour a centré son analyse sur l'ensemble du texte de loi, étant donné qu'on reprochait à celui-ci d'avoir une portée trop limitée, il n'y avait en conséquence aucune disposition particulière devant être examinée. En l'espèce, l'al. 29*a*) est clairement la disposition contestée. L'analyse relative à l'article premier doit donc porter sur la distinction créée par cette disposition. Si le tribunal accorde une importance trop grande à l'objectif visé par l'ensemble du texte de loi, il se demandera quelle est la meilleure façon de formuler la loi au complet, tâche qui relève du législateur.

265 Bien que l'argument de « l'objet changeant » retenu par le juge Robert semble suggérer l'application d'une nouvelle approche à l'égard de l'analyse relative à l'article premier, j'estime qu'il convenait d'accueillir cet argument en l'espèce. Notre

evolved over time. But in this case, it was a legislative act that signalled the change in emphasis: *Big M Drug Mart*, *supra*. In my view, the 1984 changes to the Act, which established the educational programs and provided for an increase in assistance for those who participated in them, constituted a legislative signal that the objective of the distinction in s. 29(*a*) had, to a certain degree, shifted.

266 Having found that the objective of the distinction had shifted towards encouraging the integration of young people into the workforce, and given the dire situation of that segment of the population during those years, I would find the objectives of s. 29(*a*) to be pressing and substantial.

(ii) Rational Connection

267 The appellant attacks the rational connection between the means used by the government and its dual objective on two fronts. First, she argues that the choice of age 30 as the point of distinction was made arbitrarily and that it had no bearing on the means by which the government would achieve its objective. She argues that the government distinguished beneficiaries on the basis of age 30 simply because that distinction already existed, and therefore, in the words of a government witness, because [TRANSLATION] "an opportunity was provided". She also argues that the level of assistance accorded to those under 30 who did not participate in the programs was arbitrary. In her view, if the purpose of selecting a low level of assistance was to encourage participation in the programs, then there should have been enough places available in the programs to accommodate everyone under the age of 30, which there was not.

268 The respondent agrees with Robert J.A.'s conclusion that while the connection between the means and the objective might not have been shown to be particularly strong, there was a logical link between the different treatment of those under 30 and the objective of encouraging the integration of these people into the workforce. She disagrees, however,

Cour a généralement jugé qu'on ne saurait conclure que les objectifs d'un texte de loi ont changé au fil du temps. En l'espèce, toutefois, c'est une mesure législative qui a signalé le changement d'orientation : *Big M Drug Mart*, précité. À mon avis, les modifications qui ont été apportées à la Loi en 1984 pour établir les programmes de formation et majorer l'aide accordée aux personnes y participant ont constitué un signal du législateur indiquant que l'objectif de la distinction établie à l'al. 29*a*) avait changé jusqu'à un certain point.

Vu ma conclusion que l'objectif de la distinction avait changé et consistait à encourager l'intégration des jeunes dans la population active, et vu la situation grave dans laquelle se trouvait cette tranche de la population à l'époque en question, j'estime que les objectifs de l'al. 29*a*) étaient urgents et réels.

(ii) Le lien rationnel

L'appelante attaque sur deux plans le lien rationnel entre le double objectif du gouvernement et le moyen utilisé pour les réaliser. Premièrement, elle soutient que la décision de choisir l'âge de 30 ans comme critère de distinction a été prise arbitrairement et que ce choix n'avait aucun rapport avec les moyens par lesquels le gouvernement concrétiserait son objectif. À son avis, le gouvernement avait retenu ce critère de distinction parce qu'il existait déjà et parce que, pour reprendre les termes mêmes utilisés par le témoin du gouvernement, « l'occasion en fut fournie ». Elle plaide également que le niveau d'assistance accordé aux personnes de moins de 30 ans ne participant pas aux programmes avait un caractère arbitraire. Selon elle, si le versement de prestations réduites visait à inciter la participation aux programmes, ceux-ci auraient dû compter suffisamment de places pour accueillir toutes les personnes de moins de 30 ans, mais ce n'était pas le cas.

L'intimé souscrit à la conclusion du juge Robert de la Cour d'appel selon laquelle, bien qu'on n'ait peut-être pas démontré l'existence d'un lien particulièrement solide entre le moyen et l'objectif, il existait un lien logique entre le traitement différent réservé aux moins de 30 ans et l'objectif qui consistait à favoriser leur intégration dans la population

with some of his analysis, emphasizing again that the distinction made in s. 29(*a*) has to be analysed in the context of the rest of the legislation and the economic situation of the time.

On this issue I am again in agreement with the findings of Robert J.A. There is a logical link between the provisions of the Regulation and the objective of integrating people under 30 into the workforce. It is logical and reasonable to suppose that young people are at a different stage in their lives than those 30 and over, that it is more important, and perhaps more fruitful, to encourage them to integrate into the workforce, and that in order to encourage such behaviour, a reduction in basic benefits could be expected to achieve that objective.

(iii) Minimal Impairment

It is on the issue of minimal impairment that Robert J.A. found that the legislation could not be upheld under s. 1. Again, I find myself in substantial agreement.

First, I would agree with Robert J.A.'s comments regarding the onus that the government must meet at this stage of the analysis. When analysing social legislation, it is true that the Court should avoid second-guessing government policy. The government need not have chosen the least drastic means at its disposal. Nonetheless, it must have chosen to infringe the right as little as was reasonably possible. The respondent argues that given the government's objectives and the evidence it put forth, the methods employed were reasonable and should therefore pass the minimal impairment test. I do not believe that this is the case.

The respondent argues that by allowing people under 30 to participate in programs in order to increase their benefits to the level of those 30 and over, the government demonstrated that the needs and concerns of young social assistance recipients were given careful consideration and were respected. She rejects the alternatives proposed

active. L'intimé a cependant exprimé son désaccord avec une partie de l'analyse du juge Robert, réitérant que la distinction établie à l'al. 29*a*) devait être analysée au regard du reste du texte de loi et de la conjoncture de l'époque.

Sur ce point, je suis également d'accord avec les conclusions du juge Robert. Il existe un lien logique entre les dispositions du texte de loi et l'objectif d'intégration des personnes de moins de 30 ans dans la population active. Il est logique et raisonnable de supposer que ces personnes ne sont pas rendues au même stade de la vie que les 30 ans et plus, qu'il est plus important, voire plus utile, de les inciter à s'intégrer dans la population active et, enfin, qu'une réduction des prestations de base pourrait permettre de réaliser cet objectif. 269

(iii) L'atteinte minimale

C'est à l'étape de l'atteinte minimale que le juge Robert a conclu que le texte de loi ne pouvait être justifié au regard de l'article premier. Ici encore, je souscris pour l'essentiel à sa conclusion. 270

Premièrement, je fais miens les commentaires formulés par le juge Robert relativement à la preuve qui incombe au gouvernement à cette étape de l'analyse. Il est exact que, dans l'analyse d'un texte législatif à caractère social, notre Cour doit éviter de mettre en doute, à posteriori, la politique gouvernementale. Le gouvernement n'était pas obligé de choisir le moyen le moins radical dont il disposait. Néanmoins, il lui faut avoir choisi celui qui portait aussi peu atteinte au droit concerné qu'il était raisonnablement possible de le faire. Compte tenu des objectifs du gouvernement et de la preuve qu'il a présentée, l'intimé prétend que les méthodes employées étaient raisonnables et satisfont en conséquence au critère de l'atteinte minimale. Je ne crois pas que ce soit le cas. 271

Selon l'intimé, en permettant aux moins de 30 ans de participer à certains programmes afin qu'ils puissent hausser le montant de leurs prestations au niveau de celles des 30 ans et plus, le gouvernement a démontré qu'il avait soigneusement examiné et respecté les besoins et les préoccupations des jeunes bénéficiaires d'aide sociale. L'intimé 272

by the appellant — such as the elimination of s. 29(*a*) or the creation of a universally conditional program — as either eliminating the objective completely or as being impossible to implement. An examination of the evidence, however, fails to demonstrate that such approaches would not have been appropriate. With regard to increasing the level of support provided to those under 30, the government insists that such an approach would have prevented it from achieving its objective of integrating young people into the workforce. This is presumably based on the assumption that there would be less incentive to enter the workforce or to participate in the programs if the full benefit was provided unconditionally. However, this remains unproven in the record. There is nothing to show why the response of beneficiaries under 30 would have been different from that of older beneficiaries, and nothing to show why integration in the workforce would have been superior for participants under 30 as compared to older participants. Witnesses for the respondent repeatedly referred to the [TRANSLATION] "attraction effect" that would result from increasing the benefits of people under 30, but they failed to adduce any evidence of studies or previous experience to justify the hypothesis. Aside from supporting the contention that the provisions reflect a discriminatory and stereotypical view of irresponsible youth, such participation by some persons among those 30 and over demonstrates that tying the programs to reduced benefits was not the only option that was available to the government.

273 I also find the argument that the reforms of 1989 which made the programs universally conditional could not have been implemented earlier to be somewhat unconvincing. When the *Charter* was passed in 1982, a three-year delay was placed on the implementation of s. 15 in recognition of the effect it could have had on government legislation and the complexity of making appropriate changes. With the passage of the omnibus *Act respecting the Constitution Act, 1982*, the government of Quebec

rejette les solutions de rechange proposées par l'appelante — par exemple l'élimination de l'al. 29*a*) ou la création d'un programme conditionnel pour tous — soit parce qu'elles vont tout à fait à l'encontre de l'objectif visé soit parce qu'elles sont impossibles à mettre en œuvre. Cependant, l'examen de la preuve ne démontre pas que de telles mesures n'auraient pas été appropriées. Pour ce qui est de la majoration des prestations accordées aux moins de 30 ans, le gouvernement insiste sur le fait qu'une telle mesure l'aurait empêché d'atteindre son objectif d'intégration des jeunes dans la population active. Cet argument repose vraisemblablement sur l'hypothèse que l'incitation à joindre les rangs de la population active ou à participer à des programmes n'est pas aussi grande si le plein montant des prestations est versé sans condition. Toutefois, le dossier n'établit pas le bien-fondé de cet argument. Rien n'indique en quoi le comportement des bénéficiaires de moins de 30 ans aurait été différent de celui des bénéficiaires plus âgés, ni en quoi les premiers auraient joint la population active en plus grand nombre que leurs aînés. Les témoins de l'intimé ont à maintes reprises invoqué « l'effet d'attraction » qui résulterait de l'accroissement des prestations versées aux moins de 30 ans, mais ils n'ont présenté en preuve aucune étude ou expérience antérieure pour étayer cette hypothèse. En plus d'appuyer l'argument que les dispositions contestées reflètent une perception discriminatoire et stéréotypée des jeunes — qui sont considérés irresponsables —, le taux de participation parmi les 30 ans et plus démontre que le fait d'assortir la non-participation aux programmes d'une réduction de prestations n'était pas la seule solution à la disposition du gouvernement.

Je considère également assez peu convaincant l'argument selon lequel il n'aurait pas été possible d'instaurer plus tôt les réformes qui, en 1989, ont rendu les programmes conditionnels pour tous. Lors de l'édiction de la *Charte* en 1982, on avait fixé un délai de trois ans pour l'entrée en vigueur de l'art. 15, en raison de l'effet considérable qu'il était susceptible d'avoir sur les mesures législatives des gouvernements et de la difficulté d'apporter à celles-ci les modifications appropriées. Par

provided itself with two extra years to deal with the requirements of the equality provision. Therefore, as of 1982, the Quebec government had five years to consider the implications that the *Charter*'s equality provision would have for its *Social Aid Act*. Although the government demonstrated that such changes took 18 to 24 months to implement, it did not demonstrate why that process could not have begun at an earlier date.

l'adoption de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, le gouvernement du Québec s'est donné deux années additionnelles pour respecter les exigences de la disposition relative à l'égalité. Par conséquent, à partir de 1982, le gouvernement du Québec a disposé d'une période de cinq ans pour examiner les répercussions que cette disposition aurait sur sa *Loi sur l'aide sociale*. Bien que le gouvernement ait démontré qu'il a fallu de 18 à 24 mois pour mettre en place les modifications requises, il n'a pas établi pourquoi le processus n'avait pu être amorcé plus tôt.

Thus, it seems to me that the above alternatives cannot be characterized as unreasonable; certainly they would also have been less impairing. However, given the complexity of designing social assistance programs, I accept that the Court should not be in the business of advocating completely new policy directions for the legislature. At the time the legislation was passed, in 1984, it seems clear that the government believed that the continued distinction between those under 30 and those 30 and over was necessary in order to achieve its objective of facilitating the integration of young people into the workforce. Nevertheless, given the availability of the alternative approaches that would have been less impairing to the right, the onus is on the government to demonstrate that the approach it took was itself minimally impairing.

274 Par conséquent, il me semble que les solutions de rechange susmentionnées ne peuvent être qualifiées de déraisonnables; elles auraient certes été également moins attentatoires. Cependant, compte tenu de la difficulté que pose l'élaboration de programmes d'aide sociale, je reconnais qu'il n'appartient pas à la Cour de préconiser l'adoption par le législateur d'orientations politiques entièrement nouvelles. Au moment de l'adoption des mesures législatives contestées, en 1984, il semble clair que le gouvernement croyait que le maintien de cette distinction entre les 30 ans et plus et les moins de 30 ans était nécessaire pour réaliser son objectif qui était de faciliter l'intégration des jeunes dans la population active. Néanmoins, vu l'existence de solutions de rechange qui auraient été moins attentatoires au droit concerné, il incombe au gouvernement de démontrer que l'approche qu'il a retenue ne créait qu'une atteinte minimale.

Like Robert J.A., upon examination of the manner in which the legislation in question was implemented, I have come to the conclusion that the government's initiative was not designed in a sufficiently careful manner to pass the minimally impairing test. As Robert J.A. held at p. 1084, the government has failed to show:

275 Après examen de la mise en œuvre du texte de loi en question, je conclus, à l'instar du juge Robert de la Cour d'appel, que la mesure prise par le gouvernement n'avait pas été conçue avec assez de soin pour respecter le critère de l'atteinte minimale. Comme l'a affirmé le juge Robert, à la p. 1084, le gouvernement n'a pas démontré :

[TRANSLATION]

(1) that it set sufficiently flexible eligibility requirements for access to the programs; [and] (2) that it acted reasonably in determining the requirements for an increase in assistance, which was only possible through participation in the measures.

1) qu'on a[vait] fixé des conditions d'admissibilité suffisamment souples pour avoir accès aux programmes, [et] 2) qu'on a[vait] agi de façon raisonnable dans la détermination des conditions permettant une augmentation de l'aide, ce qui n'était possible qu'en participant aux mesures.

276 In assessing whether the legislation in place was minimally impairing to the right, the first fact that comes to light is that only 11 percent of social assistance recipients under the age of 30 were in fact enrolled in the employment programs that allowed them to receive the base amount allocated to beneficiaries 30 years of age and over. This in and of itself is not determinative of the fact that the legislation was not minimally impairing, but it does bring to our attention the real possibility that the programs were not designed in a manner that would infringe upon the appellant's rights as little as is reasonably possible. In examining the record, I have found four areas in which the structure of the legislation and the programs can be shown to have been designed in a manner that was not minimally impairing of the appellant's rights.

Lorsqu'on se demande si le texte de loi portait le moins possible atteinte au droit concerné, le premier fait qui se dégage est que seulement 11 p. 100 des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans étaient dans les faits inscrits aux programmes qui leur permettaient de recevoir le montant de base accordé aux bénéficiaires de 30 ans et plus. En soi, ce fait ne permet pas de conclure que le texte de loi ne créait pas une atteinte minimale, mais il nous indique cependant qu'il est tout à fait possible que les programmes n'aient pas été conçus d'une façon qui permettait de porter aussi peu atteinte aux droits de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Dans le cours de l'examen du dossier, j'ai relevé quatre aspects des programmes et de la structure du texte de loi qui indiquent que ce texte ainsi que les programmes ont été conçus d'une façon qui ne portait pas le moins possible atteinte aux droits de l'appelante.

277 First, one major branch of the scheme, the Remedial Education Program, did not provide for full benefits for those who participated, leaving them $100 short of the base benefit. Thus, the government foresaw, in the creation of its programs, that a large number of even those who participated in the programs would, in return for their efforts, continue to receive less than the amount received by those 30 and over who were not participating in the programs. As mentioned earlier, the most uneducated, the illiterate, were originally left out of this program entirely. The government argues that the amount of assistance must be examined in tandem with the government student loan and bursary program. However, because the Remedial Education students were in high school, the government witness admitted that the only money that they would receive through student loans would be to pay for specific school-related expenses such as books and school supplies. As such, the student loan program did not raise the Remedial Education participant's benefits to the same level as those 30 and over. In reality, given that almost 50 percent of participants under 30 were involved with the Remedial Education Program, this meant that a very large portion of the participants would

Premièrement, ceux qui participaient au programme Rattrapage scolaire, un important volet du régime, ne touchaient pas le plein montant des prestations, mais recevaient 100 $ de moins que la prestation de base. Par conséquent, lors de la création des programmes, le gouvernement avait prévu qu'un grand nombre de personnes — même parmi celles participant aux programmes — continueraient de recevoir, en contrepartie de leurs efforts, une somme moindre que celle versée aux personnes de 30 ans et plus ne participant pas aux programmes. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les personnes les moins instruites, les analphabètes, avaient au départ été complètement exclues du programme susmentionné. Le gouvernement plaide que la question du montant d'aide accordé doit être examinée en corrélation avec celle de son programme de prêts et bourses aux étudiants. Toutefois, comme les participants au programme Rattrapage scolaire étudiaient au niveau secondaire, le témoin du gouvernement a admis que les seules sommes accordées à ces personnes sous forme de prêts étudiants visaient à payer le coût de frais scolaires précis, tel l'achat de livres et de fournitures scolaires. En conséquence, le programme de prêts étudiants ne permettait pas de hausser les prestations des participants au programme Rattrapage scolaire au niveau de celles reçues par les 30 ans et

not be receiving the full amount of benefits that those 30 and over were receiving.

It might be argued that the value of the education and experience being derived from such programs cannot be calculated on a purely pecuniary basis. I would agree that the power of education can be invaluable to its recipient. However, the strength of this argument is diminished by the fact that the cost of this education is, in this case, the reduction of benefits that are supposed to guarantee certain standards of minimal subsistence. While the long-term value of the education and experience is certainly important, this must be balanced against the short-term need for survival that social assistance is intended to placate. Moreover, those people who participated in the programs who were not under 30 were not required to make a similar sacrifice.

Second, the design of the programs was not tailored in such a way as to ensure that there would always be programs available to those who wanted to participate. For instance, for a student who could not find a job after finishing school, the Remedial Education Program was only available after nine months. The On-the-job Training Program was only available after 12 months. This left the Community Work Program, which, given its very remedial nature, may not have been useful to everyone, and was prioritized for those who had been on social assistance for more than 12 months. The existence of this priority is itself evidence that the programs were not available to all applicants at all times. For someone who had completed CEGEP, the Remedial Education and On-the-job Training Programs would simply be unavailable. Even if he or she were then able to participate in the Community Work Program, this would only last for one year, after which the young social assistance recipient would, because of the 12-month limit on the program, be left with no program in which to participate. Take someone like Ms. Gosselin, whose prospects for moving into the private workforce, like many in her situation, do

plus. En réalité, étant donné que presque 50 p. 100 des participants de moins de 30 ans étaient inscrits à ce programme, ceci signifie qu'un pourcentage très élevé des participants ne recevaient pas le plein montant des prestations versées aux personnes de 30 ans et plus.

278 Il est possible d'affirmer qu'on ne saurait calculer sur une base purement pécuniaire la valeur de l'instruction et de l'expérience découlant de la participation à de tels programmes. Je reconnais que le pouvoir de l'instruction peut se révéler un acquis très précieux pour qui le possède. Cependant, le poids de cet argument est diminué par le fait que, en l'espèce, le prix à payer pour cette instruction est la réduction de prestations censées garantir un certain niveau de subsistance minimal. Bien que la valeur à long terme de l'instruction et de l'expérience soit certes importante, elle doit être mise en balance avec le besoin de subsistance à court terme auquel l'aide sociale est censée répondre. Qui plus est, on ne demandait pas pareil sacrifice aux personnes de 30 ans et plus qui participaient aux programmes.

279 Deuxièmement, les programmes n'étaient pas conçus d'une manière propre à garantir une place à toute personne désireuse d'y participer. Par exemple, les étudiants incapables de trouver un emploi après leurs études devaient attendre neuf mois avant de pouvoir participer au programme Rattrapage scolaire et 12 mois dans le cas du programme Stages en milieu de travail. Restait le programme Travaux communautaires qui, vu son caractère très ponctuel, n'était peut-être pas utile à tous et accordait la priorité aux personnes recevant de l'aide sociale depuis plus de 12 mois. L'existence même de cette priorité indique que les programmes n'étaient pas accessibles à tous les candidats en tout temps. De plus, les personnes ayant terminé leurs études collégiales (CÉGEP) n'avaient tout bonnement pas accès aux programmes Rattrapage scolaire et Stages en milieu de travail. Par ailleurs, même si ces personnes avaient eu accès au programme Travaux communautaires, la durée de la participation n'était que d'une année, au terme de laquelle le jeune bénéficiaire d'aide sociale n'avait plus, en raison de l'existence de cette limite, aucun programme auquel il pouvait participer. Si l'on prend l'exemple de M^me^ Gosselin,

not, unfortunately, appear to have been very promising. After one year in a Community Work Program (and, if they could find one, a year in an On-the-job Training placement), she would be unable to receive the same benefit as someone 30 or over. Thus, in reality, the system of training and education gave social assistance recipients under 30 who were able to access programs two years to get a job before they had their benefit reduced to $170 per month — with some extra time available at a moderately reduced rate for those who had not yet received their high school diploma.

280 Another substantive flaw in the design of the programs was that faced by illiterate or severely undereducated persons, who were unable to participate in the Remedial Education Program. While ineligible for the Remedial Education Program, such persons would also face difficulty entering On-the-job Training, and would thus be left with the Community Work Program, which, as has been noted, was limited to one year. This flaw was apparently addressed in 1989 with the creation of a special literacy program, but it nonetheless serves as an example of another situation where even those participants who were willing to participate were at times unable to do so.

281 Third, in addition to the problems with the design of the programs, their implementation presented still more hurdles which young recipients were forced to overcome. For instance, when a person under 30 years of age found himself or herself on social assistance, he or she would have to organize a meeting with a social aid worker. An "evaluation interview" would follow, sometimes several, in order to determine what type of program would be best suited to the recipient. This process would sometimes take several weeks. Then, once it was determined which

les perspectives d'emploi de cette dernière dans le secteur privé, tout comme celles de bien d'autres personnes dans sa situation, ne paraissent malheureusement pas avoir été très prometteuses. Une personne dans la situation de M^me^ Gosselin qui aurait participé pendant un an à un programme de Travaux communautaires (et, pendant une autre année, à un stage en milieu de travail si un tel stage avait été disponible) n'aurait pas été en mesure de recevoir les mêmes prestations qu'une personne de 30 ans et plus. Par conséquent, dans les faits, les programmes de stages et de rattrapage scolaire accordaient aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui pouvaient y avoir accès une période de deux ans pour se trouver un emploi avant que leurs prestations ne soient de nouveau ramenées à 170 $ par mois — avec possibilité d'une prorogation assortie d'un taux de prestation modérément réduit pour les personnes n'ayant pas encore reçu leur diplôme d'études secondaires.

Un autre vice de fond de ces programmes découlait du fait que les personnes analphabètes ou possédant très peu d'instruction ne pouvaient participer au programme Rattrapage scolaire. En plus d'être inadmissibles à ce programme, ces personnes éprouvaient également de la difficulté à accéder au programme Stages en milieu de travail, ce qui ne leur laissait donc que le programme Travaux communautaires qui, comme je l'ai mentionné plus tôt, ne durait qu'une année. Bien qu'on ait apparemment remédié à ce vice en 1989 en créant un programme spécial d'alphabétisation, il s'agit néanmoins d'un autre exemple de situation où même des personnes souhaitant participer à un programme étaient parfois dans l'impossibilité de le faire.

Troisièmement, outre les problèmes qui affectaient la conception des programmes, la mise en œuvre de ceux-ci créait des obstacles supplémentaires que les jeunes bénéficiaires devaient également surmonter. Par exemple, lorsqu'une personne de moins de 30 ans devenait bénéficiaire d'aide sociale, elle devait prendre rendez-vous avec un travailleur social. Il y avait alors une « entrevue d'évaluation », parfois plusieurs, en vue de déterminer quel genre de programme conviendrait le mieux au bénéficiaire. Ce processus durait parfois plusieurs

program would be best, there was often another delay, as space in the program in which the recipient could participate had to be found. If, for instance, someone wanted to participate in the Remedial Education Program in June, he or she would have to wait until September, for school to start. In the case of the On-the-job Training Program, the process provided that one would have to wait until a suitable employer was found. Also, the employer had the final say as to whether he or she wished to hire a particular individual. This caused more delay. Once a placement was completed, this process was started all over again. Thus, in the course of his or her time on social assistance, a young person desiring to receive the full benefit of the programs would most likely spend at least a month or two on the reduced benefit.

Given the precarious situation of those on social assistance, even a short lapse in additional benefits was certainly enough to cause major difficulties in the recipients' lives, difficulties that someone 30 and over would not have to face. Ms. Gosselin herself spent a considerable amount of time between programs, this sometimes leading to periods of mental breakdown. One government witness described the situation of many of those young people on social assistance as being an existence "on the edge of capacity" — walking a tightrope along the border of aptness and inaptitude for work. Falling back onto the reduced amount was therefore a very real possibility that could have exaggerated effects on the capacity of young recipients to cope with life.

A fourth and final reason why the approach taken by the government was not reasonably minimally impairing was the fact that even though 85 000 single people under 30 years of age were on social assistance, the government at first only made 30 000 program places available. The respondent argues, and Baudouin J.A. agreed, that the government should not have been forced to open up places for everyone when it knew that not everyone would participate. I think this is right. The government did not have to prove that it had 85 000 empty chairs waiting in classrooms and elsewhere. However, the very

semaines. Ensuite, une fois déterminé le programme approprié, il y avait souvent une autre période d'attente, puisqu'il fallait trouver une place libre dans le programme en question. Les personnes qui, en juin, manifestaient le désir de participer au programme Rattrapage scolaire devaient attendre à la rentrée scolaire, en septembre, pour être en mesure de le faire. Dans le cas du programme Stages en milieu de travail, il fallait attendre de trouver un employeur approprié. De plus, c'est ce dernier qui décidait, en dernière analyse, d'engager ou non l'intéressé. Cette situation causait des délais additionnels. Une fois le stage terminé, tout ce processus recommençait. Par conséquent, les jeunes bénéficiaires d'aide sociale désireux de tirer parti pleinement des programmes devaient vraisemblablement toucher les prestations réduites pendant un mois ou deux.

282 Compte tenu de la situation précaire dans laquelle se trouvent les bénéficiaires d'aide sociale, même une courte interruption des prestations additionnelles était certainement suffisante pour causer d'importantes difficultés aux jeunes bénéficiaires, difficultés que n'avaient pas à subir les 30 ans et plus. Madame Gosselin a elle-même connu d'importants intervalles entre les programmes, situation qui a parfois entraîné des périodes de dépression. Un témoin du gouvernement a décrit la situation de nombreux jeunes bénéficiaires d'aide sociale en ces termes : « ils sont à la limite de la capacité » — marchant sur la corde raide entre l'aptitude et l'inaptitude au travail. Le risque de retourner aux prestations réduites était donc une possibilité très réelle et susceptible d'avoir des effets démesurés sur la capacité d'une jeune personne à affronter la vie.

283 Un quatrième et dernier motif pour lequel l'approche adoptée par le gouvernement ne portait pas atteinte aussi peu qu'il était raisonnablement possible de le faire aux droits de l'appelante est le fait suivant : même s'il y avait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale, le gouvernement n'avait créé initialement que 30 000 places dans ses programmes. De l'avis de l'intimé, auquel a souscrit le juge Baudouin de la Cour d'appel, le gouvernement n'était pas obligé d'ouvrir des places pour l'ensemble des bénéficiaires, sachant que tous ne participeraient pas à ces programmes. À mon

fact that it was expecting such low levels of participation brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) was geared towards improving the situation of those under 30, as opposed to simply saving money. The government noted that many places did not have to be made available because 50 percent of young people were thought to be living with their parents. As noted earlier, this was not proven and if true would have left 50 percent of recipients in an unjustified state of deprivation. Also, it is by no means clear why young persons living at home would not want to take advantage of such programs if they provided them with an extra $296 per month. Moreover, it is not clear why, if the object of s. 29(*a*) was to encourage the integration of young people into the workforce, the government would not expect or want those on social assistance who were living at home to participate in the programs.

284 The government maintains that it always had more places available if the need arose, but the evidence has left me questioning how a program such as On-the-job Training which relied on private enterprises to provide jobs could provide an endless stream of positions for any young person on social assistance who wanted one. It also seems somewhat disingenuous to suggest that there were unlimited spaces in the program when the program profiles clearly outline that some groups were to be specifically targeted, others given preference. How can there be preferences when access to the programs is unlimited? It also seems odd that a government that claims it would not have been able to eliminate the reduced benefit level for people under 30 for economic reasons would have been able to support a program in which a significant portion of those persons participated in the programs and, therefore, had their benefits increased to the normal level. If legislation is found to infringe upon a group's right and the government claims that the right is minimally impaired due to the operation of another program,

avis, cette affirmation est exacte. Le gouvernement n'avait pas à établir qu'il disposait de 85 000 places disponibles en salle de classe et ailleurs. Cependant, le fait même que le gouvernement s'attendait à un taux de participation aussi faible incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies. Le gouvernement a souligné qu'il n'était pas nécessaire d'ouvrir un nombre considérable de places, puisqu'on estimait que 50 p. 100 des jeunes vivaient chez leurs parents. Comme je l'ai indiqué plus tôt, ce fait n'a pas été établi et, s'il était exact, on aurait laissé 50 p. 100 des bénéficiaires dans un état de privation injustifié. En outre, il n'est pas du tout évident que des jeunes vivant au foyer ne voudraient pas participer à ces programmes si ceux-ci leur rapportaient une somme additionnelle de 296 $ par mois. De plus, si l'al. 29*a*) visait à encourager l'intégration des jeunes dans la population active, on comprend difficilement pourquoi le gouvernement n'aurait pas voulu que les bénéficiaires d'aide sociale vivant chez leurs parents participent aux programmes, ou encore pourquoi il ne s'attendait pas à ce qu'ils le fassent.

Le gouvernement soutient qu'il disposait à tout moment de places supplémentaires si on en avait besoin. Cependant, la preuve m'amène à me demander comment un programme comme celui des Stages en milieu de travail, qui était tributaire des entreprises privées pour les emplois, aurait pu fournir un poste à tout jeune bénéficiaire d'aide sociale qui en aurait voulu un. Il me semble quelque peu fallacieux de laisser entendre qu'il existait un nombre illimité de places dans le programme, alors que la description de celui-ci précise clairement que certains groupes étaient expressément ciblés et que d'autres devaient avoir la préférence. Comment peut-on accorder des préférences si l'accès au programme est illimité? Il semble également paradoxal qu'un gouvernement qui avance que, pour des raisons budgétaires, il n'aurait pas été en mesure d'éliminer le régime des prestations réduites applicable aux personnes de moins de 30 ans, aurait par ailleurs été en mesure de financer un programme auquel participait un pourcentage élevé de ces personnes, dont les prestations auraient en conséquence été haussées

the fact that only 20 percent of the affected group participates would seem to suggest that the right was not being reasonably infringed.

Accordingly, I would hold that, even according a high degree of deference, the respondent has failed to demonstrate that the provision in question constituted a means of achieving the legislative objective that was reasonably minimally impairing in respect of the appellant's equality rights. Other reasonable alternatives to achieve the objective were available. The approach taken by the government involved providing a vulnerable group with a base amount of money that was one third of the level the government itself had deemed to be a subsistence level for others and, moreover, the programs themselves were additionally found to have several important shortcomings. This was not minimally impairing of the right. The respondent has therefore failed to meet its burden of demonstrably justifying the limitation on the appellant's rights.

Even accepting the general approach of differentiating between those under 30 and those 30 and over that the legislature adopted to achieve its objectives, there are several other means by which the substantive equality of young people would have been considerably more respected and less impaired. First, as Robert J.A. suggested, the full benefit could have been extended to those individuals who had expressed their willingness to participate in a program, as opposed to requiring them to be at all times participating in programs that, by their design and implementation, did not allow for constant participation. Another approach, given the government's opinion that the majority of young people on welfare were living at home and therefore did not require the full benefit, would have been to tie the benefits to whether the recipient — whatever his or her age — was actually living at home. This was already being done for other recipients since anyone

au niveau normal. S'il est jugé qu'un texte de loi porte atteinte au droit d'un groupe et que le gouvernement prétend que cette atteinte est minimale en raison de l'application d'un autre programme, le fait que le taux de participation du groupe touché se chiffrait à seulement 20 p. 100 tend à indiquer que l'atteinte au droit concerné n'était pas raisonnable.

285 En conséquence, même en manifestant beaucoup de déférence envers la décision du législateur, j'estime que l'intimé n'a pas su démontrer que la disposition litigieuse constituait un moyen de réaliser l'objectif législatif d'une manière qui portait aussi peu atteinte au droit à l'égalité de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Il existait des solutions de rechange raisonnables à celle choisie par la législature en vue de réaliser son objectif. L'approche retenue par le gouvernement consistait à fournir à un groupe vulnérable une prestation de base égale au tiers de celle qu'il considérait lui-même être le niveau de subsistance requis par d'autres personnes. De plus, il a été jugé que les programmes eux-mêmes comportaient plusieurs lacunes importantes. Il ne s'agissait pas d'une atteinte minimale au droit concerné. L'intimé ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait, à savoir justifier la limite imposée aux droits de l'appelante.

286 Même si l'on accepte l'approche générale retenue par la législature en vue de réaliser ses objectifs — c'est-à-dire la distinction établie entre les personnes de moins de 30 ans et celles de 30 ans et plus —, il y a plusieurs moyens qui auraient permis de respecter bien davantage l'égalité réelle des jeunes et d'y porter une atteinte moins grande. Premièrement, comme l'a proposé le juge Robert de la Cour d'appel, on aurait pu accorder le plein montant des prestations à toutes les personnes ayant exprimé le désir de participer à un programme, plutôt que d'exiger d'elles qu'elles participent en tout temps à des programmes auxquels il était impossible de participer de façon constante en raison de leur conception et leur mise en œuvre. Par ailleurs, comme le gouvernement croyait que la majorité des jeunes bénéficiaires d'aide sociale vivaient chez leurs parents et n'avaient en conséquence pas besoin du plein montant des prestations, une autre solution aurait

30 or over living with family had his or her benefits reduced by $85. This would have had the effect of recognizing that many young people did not require the full amount of social assistance, while basing the amount awarded on their actual situation as opposed to the proxy of age.

287 Having found that the legislation was not minimally impairing of the appellant's right to equality, I would hold that the legislation was not a reasonable limit on the right that was demonstrably justified. The final branch of the *Oakes* test need not therefore necessarily be addressed. However, given the deleterious effect that the legislation had on the appellant's right it would, I believe, be useful to consider that branch of the test as well.

(iv) Proportionality

288 At this stage of the *Oakes* test, a court must determine whether the deleterious effects that a legislative provision has on a given rights holder are outweighed by the salutary effects of the same legislation in achieving the stated government objective. Here, again, I agree with Robert J.A. It is clear from the evidence that $170 per month is not enough money for one to live on. While the government claims that those under 30 had the right to increased benefits if they participated in the programs, there were clear holes in the programs which prevented certain individuals, at certain times, from accessing the additional benefits. Moreover, Remedial Education students never achieved parity. In fact, though this is not determinative, only 11 percent of single persons under 30 years of age who were on social assistance actually received what the government had determined to be the basic amount needed to support one's self. This constitutes a severe deleterious effect on the equality and self-worth of the appellant and those in her group. With respect to the salutary effects side of the equation, the government was not required to demonstrate that the

été de lier les prestations au fait que le bénéficiaire — indépendamment de son âge — habite ou non vraiment chez ses parents. C'était d'ailleurs ce qu'on faisait déjà pour d'autres bénéficiaires, puisqu'une personne de 30 ans et plus vivant chez ses parents voyait ses prestations réduites de 85 $. Une telle mesure aurait eu pour effet de reconnaître que bon nombre de jeunes gens n'avaient pas besoin du plein montant d'aide sociale, et permis en outre de fixer la somme accordée en fonction de la situation véritable du bénéficiaire plutôt que sur l'ersatz que constitue l'âge.

Ayant conclu que le texte de loi ne portait pas atteinte le moins possible au droit à l'égalité de l'appelante, j'estime qu'il ne constituait pas une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer. Il n'est par conséquent pas essentiel d'examiner le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. Cependant, vu l'effet préjudiciable qu'a eu le texte de loi sur le droit de l'appelante, il est, je crois, utile d'examiner également ce volet.

(iv) La proportionnalité

À cette étape-ci du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal doit se demander si les effets préjudiciables qu'a une disposition législative sur le titulaire des droits l'emportent sur les effets bénéfiques de cette même disposition sur la réalisation de l'objectif formulé par le gouvernement. Sur ce point, je souscris également à l'opinion du juge Robert. Il ressort clairement de la preuve que la somme mensuelle de 170 $ n'est pas suffisante pour permettre à une personne de subvenir à ses besoins. Bien que le gouvernement affirme que les moins de 30 ans avaient droit à des prestations majorées s'ils participaient aux programmes, ceux-ci présentaient des lacunes évidentes qui empêchaient certaines personnes, à certaines périodes, de toucher les prestations additionnelles. Qui plus est, les étudiants ayant participé au programme Rattrapage scolaire n'ont jamais bénéficié de la parité. En fait, bien que cet élément ne soit pas déterminant, précisons que seulement 11 p. 100 des personnes seules de moins de 30 ans qui touchaient de l'aide sociale ont réellement reçu ce que le gouvernement avait établi comme étant la somme de base nécessaire pour permettre à une

programs had any actual significant salutary effect on the well-being of young people; it nevertheless had to demonstrate that the reduction in benefits would reasonably be expected to facilitate the integration of the younger social assistance beneficiaries in the workplace. This onus has not been met.

The respondent argues that government cannot be held responsible for the "partial failures" of legislation. She insists that the government had a real concern for the situation in which young people found themselves and attempted to craft a program that would benefit them. While the effects stage of the *Oakes* test should not be an opportunity for courts to punish governments for failed legislative undertakings, when the potential deleterious effects of the legislation are so apparent, I do not believe that it is asking too much of the government to craft its legislation more carefully. Given the economic data that the government has presented in evidence, it was entirely foreseeable that upon completion of the programs, the opportunities for young people to integrate into the workforce would continue to be limited. There was no justification presented for leaving them on the reduced benefit at that point in time, regardless of the problem of delays earlier discussed.

Accordingly, I find that s. 29(*a*) of the Regulation's *Charter* breach should not be upheld as a justified and reasonable limit under s. 1. In the legislative and social context of the legislation, which provided a safety net for those without means to support themselves, a rights-infringing limitation must be carefully crafted. In this case, the programs left too many opportunities for young people to fall through the seams of the legislation. This is borne out to some degree by the low participation rate among beneficiaries under the age of 30 and the

personne de subvenir à ses besoins. Cette situation constituait un effet préjudiciable grave sur l'égalité et l'estime de soi de l'appelante et des personnes de son groupe. En ce qui concerne l'aspect de l'équation fondé sur les effets bénéfiques, le gouvernement n'était pas tenu de démontrer que les programmes avaient eu un quelconque effet bénéfique concret appréciable sur le bien-être des jeunes. Il lui incombait néanmoins d'établir qu'il était raisonnable de penser que la réduction des prestations faciliterait l'intégration des jeunes prestataires dans la population active. Cette preuve n'a pas été faite.

289 L'intimé plaide que le gouvernement ne peut être tenu responsable des « semi-échecs » des mesures législatives. Il insiste sur le fait que le gouvernement se souciait réellement de la situation des jeunes et qu'il a tenté d'élaborer un programme qui leur profiterait. Bien que l'étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, qui concerne les effets du texte de loi, ne doive pas être, pour les tribunaux, l'occasion de punir les gouvernements pour des mesures législatives infructueuses, lorsque les effets préjudiciables éventuels du texte législatif sont aussi évidents, je ne crois pas que ce soit trop demander au gouvernement de préparer ses mesures législatives avec plus de soin. À la lumière des données économiques déposées en preuve par le gouvernement, il était entièrement prévisible que, après avoir complété les programmes, les jeunes continueraient de ne profiter que de possibilités d'intégration restreintes dans la population active. On n'a aucunement justifié la décision de continuer à ne leur verser que les prestations réduites à ce moment, malgré le problème des périodes d'attente examiné plus tôt.

290 En conclusion, j'estime que la validité de l'al. 29*a*) du Règlement ne peut être confirmée, en vertu de l'article premier, en tant que limite raisonnable et justifiée. Eu égard au contexte législatif et social des mesures législatives litigieuses — qui avaient pour objet de tendre un filet de sécurité sociale à l'intention des personnes n'ayant pas les moyens de subvenir à leurs besoins — toute restriction attentatoire aux droits devait être rédigée avec soin. En l'espèce, les programmes présentaient trop de risques que les jeunes glissent entre les mailles de ce filet. Cette

fact that there was no basis for the assumption that beneficiaries under 30 were living with their parents and had lesser needs. While the respondent argues that no evidence was presented to show that most if any of the 73 percent of recipients under 30 were not participating in the programs for anything more than personal reasons, I would point out that at the s. 1 stage of analysis, it is the government's responsibility to show that the legislation limits the right as little as reasonably possible.

constatation est dans une certaine mesure étayée par le faible taux de participation des bénéficiaires de moins de 30 ans et par le fait que l'hypothèse selon laquelle ces bénéficiaires vivaient chez leurs parents et avaient des besoins moins grands ne reposait sur aucun fondement. Bien que l'intimé affirme qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve tendant à établir que, de tous les bénéficiaires de moins de 30 ans qui n'avaient pas participé aux programmes (en l'occurrence 73 p. 100 de ceux-ci), la plupart sinon la totalité de ces personnes se sont abstenues de le faire essentiellement pour des raisons d'ordre personnel, je tiens à souligner qu'à l'étape de l'analyse relative à l'article premier, il incombe au gouvernement de démontrer qu'il portait aussi peu atteinte au droit concerné qu'il lui était raisonnablement possible de le faire.

(4) Remedy

(4) La réparation

291 The appellant argued that if s. 29(*a*) was found to have been an infringement on her *Charter* rights, it should be declared invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that she and the members of her class should be compensated for their losses under s. 24(1) of the *Charter*. Engaging in an elaborate analysis of the proper type of declaratory relief to extend in this case borders on the absurd, given the fact that the legislation in question has been repealed for over a decade. Determining, for instance, the proper duration for which any declaration might be suspended in order to give the government an opportunity to amend its legislation is a purely hypothetical exercise. Nonetheless, given the appellant's claim for pecuniary relief under s. 24(1), a brief outline of the factors to be considered in fashioning a declaration of invalidity in this case may be warranted.

De prétendre l'appelante, s'il est jugé que l'al. 29*a*) a porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, cette disposition devrait être déclarée invalide en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les personnes de son groupe et elle-même devraient être indemnisées de leurs pertes en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. S'engager dans une complexe analyse afin d'élaborer le jugement déclaratoire qui conviendrait en l'espèce frôlerait l'absurde, étant donné que la disposition litigieuse a été abrogée il y a plus d'une dizaine d'années. Par exemple, déterminer la période pendant laquelle la déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour permettre au gouvernement de modifier le texte en question serait une opération purement théorique. Néanmoins, comme l'appelante demande une réparation pécuniaire en vertu du par. 24(1), il convient sans doute d'exposer brièvement les facteurs devant être pris en compte dans l'élaboration de la déclaration d'invalidité en l'espèce.

292 In determining the appropriate remedy in the case of legislation that is found to violate a *Charter* right, courts must walk a fine line between fulfilling their judicial role of protecting rights and intruding on the legislature's role; *Schachter*, *supra*. Simply striking down s. 29(*a*) would have lead to the result that all social assistance beneficiaries would

Le tribunal appelé à déterminer la réparation convenable lorsqu'un texte de loi porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* doit prendre soin, dans l'exercice de son rôle de protecteur des droits, de ne pas empiéter sur celui du législateur; *Schachter*, précité. Un jugement invalidant seulement l'al. 29*a*) aurait eu pour effet que tous les bénéficiaires d'aide

have received the full benefit unconditionally. The respondent has argued that the government would never have adopted such a measure, and more importantly, that it would have been unable, from a financial standpoint, to fulfill such a legislative commitment. It is in recognition of this that Robert J.A. held that s. 23 of the Regulation, which set the actual amounts of the benefits, should also be invalidated so that the legislative intent of the Act would not be distorted by the court. The problem that this approach raises is that it may in fact lead to an even more severe transgression of the legislature's intention; it could mean that the *Social Aid Act* no longer supplies anyone with benefits. At the very least, the provision of benefits unconditionally to those under 30 would help to fulfill the statute's objective of providing for the needy. To declare s. 23 invalid would be to completely eliminate the legislative objective.

sociale auraient reçu inconditionnellement le plein montant des prestations. L'intimé a fait valoir que le gouvernement n'aurait jamais adopté une telle mesure et, facteur plus important encore, qu'il aurait été financièrement incapable de s'acquitter d'un tel engagement d'origine législative. C'est pour cette raison que le juge Robert de la Cour d'appel a conclu que l'art. 23 du Règlement, qui fixe le montant des prestations, devait lui aussi être invalidé pour éviter que le tribunal ne dénature l'intention du législateur. Le problème que présente cette démarche est qu'elle pourrait, dans les faits, entraîner une transgression encore plus grave de l'intention du législateur, en ce qu'elle pourrait mettre fin au versement de toute prestation à qui que ce soit en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*. À tout le moins, le versement inconditionnel de prestations aux moins de 30 ans contribuerait à la réalisation de l'objectif de la *Loi sur l'aide sociale*, qui est de venir en aide aux personnes dans le besoin. Déclarer l'art. 23 invalide reviendrait à contrecarrer complètement l'objectif visé par cette loi.

In *Schachter*, *supra*, Lamer C.J. held that a delayed declaration of invalidity would be appropriate when striking down unconstitutional legislation if immediate relief (1) posed a danger to the public, (2) threatened the rule of law, or (3) deprived deserving persons of benefits. In this case, the invalidation of s. 29(*a*) would not pose a danger to the public, nor would it deprive deserving persons of benefits, since it would expand the category of beneficiaries. However, given the broad impact of this legislation on Quebec society, as well as the wide range of alternatives that might be taken in order to bring complex social legislation such as this into line with constitutional standards, I believe that suspension of the declaration would have been appropriate in this case. Given the large sums of money spent by legislatures on social assistance programs such as this and the complexity of the programs at issue, a court should not intrude too deeply into the role of legislature in this field. As noted earlier, given that the provision in question is no longer in force, this issue is moot. However, if the legislation was still in place, I would have ordered that the declaration of invalidity be suspended for a period of 18

293 Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a conclu qu'il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité d'une mesure législative pour cause d'inconstitutionnalité lorsque l'application immédiate de la réparation (1) pose un danger pour le public, (2) menace la primauté du droit ou (3) prive de bénéfices des personnes admissibles. En l'espèce, l'annulation de l'al. 29*a*) ne poserait pas un danger pour le public et ne priverait pas de bénéfices des personnes admissibles, puisqu'elle élargirait au contraire la catégorie des bénéficiaires. Cependant, compte tenu de l'incidence considérable des mesures législatives litigieuses sur la société québécoise et le large éventail de solutions de rechange qui pourraient être adoptées pour harmoniser une complexe loi sociale de ce genre avec les normes constitutionnelles, je suis d'avis qu'il aurait convenu de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité en l'espèce. Vu les sommes importantes que les législatures consacrent aux programmes d'aide sociale du genre de celui qui nous intéresse et la complexité des programmes en litige, les tribunaux ne devraient pas s'ingérer de façon trop importante dans les affaires du législateur dans ce domaine. Comme je l'ai mentionné précédemment,

months, the period that the government demonstrated would be required to implement changes to the legislation.

étant donné que la disposition contestée n'est plus en vigueur, cette question est devenue théorique. Cependant, si la disposition existait encore, j'aurais ordonné la suspension de la déclaration d'invalidité pendant 18 mois, période qui, comme l'a démontré le gouvernement, serait nécessaire pour mettre en œuvre des modifications à la législation pertinente.

294 The appellant also requests that this Court make an order under s. 24(1) of the *Charter* compensating the members of her group for the difference between the full benefit and the reduced amount during the time they were on the reduced benefit. The appellant argues that without such an order, her rights will not have been given any real effect.

L'appelante demande également à notre Cour de rendre, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, une ordonnance accordant aux membres du groupe dont elle fait partie une indemnité égale à l'écart entre le plein montant des prestations et celui des prestations réduites qu'ils ont touchées. Sans une telle ordonnance, plaide-t-elle, on n'aura pas donné effet véritable à ses droits.

295 On this point, I find myself in substantial agreement with the conclusion of Robert J.A., who refused to grant a monetary award under s. 24(1). As Lamer C.J. held in *Schachter*, where a provision is struck down under s. 52, a retroactive s. 24(1) remedy will not generally be available. The appellant argues that the odd facts of this case may make it one of those extraordinary occasions in which a s. 24(1) remedy could be added to a s. 52 declaration. The facts of this case do not allow for such a result.

Sur ce point, je souscris pour l'essentiel à la conclusion du juge Robert de la Cour d'appel, qui a refusé d'accorder une réparation pécuniaire en vertu du par. 24(1). Comme a déclaré le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, si une disposition est invalidée en application de l'art. 52, il n'y a généralement pas ouverture à réparation rétroactive en vertu du par. 24(1). Selon l'appelante, les faits inhabituels de la présente affaire pourraient constituer une de ces situations extraordinaires où une réparation fondée sur le par. 24(1) pourrait s'ajouter à une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52. Les faits de l'espèce ne justifient pas un tel résultat.

296 First, I agree with Robert J.A. that because this case involves a class action, there is more difficulty in ordering a s. 24(1) remedy. It would be impossible for this Court to determine the precise amount that was owed to each individual in the class. Who participated in the programs, and who did not, the number of months during which they did not participate, the amount of the shortfall in benefits at different times, are all impossible to determine.

Premièrement, à l'instar du juge Robert, j'estime qu'en raison de l'existence d'un recours collectif en l'espèce, il est plus difficile d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il serait impossible à notre Cour d'établir le montant exact dû à chaque membre du groupe. Qui a participé aux programmes? Qui ne l'a pas fait? Pendant combien de mois les intéressés n'ont pas participé à un programme? Quel est le montant des prestations manquantes pour les diverses périodes pertinentes? Voilà autant de questions auxquelles il est impossible de répondre.

297 Second, the significant cost that would be incurred by the government were it required to pay damages must be considered. As Lamer C.J. held in *Schachter*, while a consideration of expenses might

Deuxièmement, il faut tenir compte des dépenses importantes que ferait le gouvernement s'il devait verser des dommages-intérêts. Comme a conclu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, bien que

not be relevant to the substantive *Charter* analysis, it is relevant to the determination of the remedy. Requiring the government to pay out nearly half a billion dollars, the amount requested, would have a significant impact on the government's fiscal situation, and potentially on the general economy of the province of Quebec.

Thirdly, as I have shown in my reasons, the creation of a social assistance program that is respectful of the equality rights of young people need not necessarily have involved increasing the benefit levels of those under 30 to the level of the 30-year-old beneficiaries. The government might have chosen to improve the coverage given by the programs to those under 30, or, as it did in 1989, to impose conditions on all beneficiaries.

Accordingly, I would deny the appellant's request for an order for damages pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

C. *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

Section 45 of the *Quebec Charter*

The appellant also claims that s. 29(*a*) violated her s. 45 rights under the *Quebec Charter*. Section 45 of the *Quebec Charter* reads as follows:

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

The respondent argues that the terms "provided for by law" and "susceptible" have the effect of limiting the degree to which the government must act to provide a decent standard of living. She argues that the section means that the government need only provide, in an efficient manner, the assistance that it defines in its own legislation. In his reasons, Robert J.A. engaged in an extensive analysis of international human rights documents in order to offer context to the interpretation of the section, and in particular, the aforementioned terms. He found that

la prise en compte de considérations budgétaires puisse ne pas être pertinente dans l'analyse de la question de fond touchant la *Charte*, elle l'est dans la détermination de la réparation. Obliger le gouvernement à verser pratiquement un demi-milliard de dollars, en l'occurrence la somme qui est demandée, aurait une incidence appréciable sur sa situation financière et peut-être même sur l'économie générale de la province de Québec.

298 Troisièmement, comme je l'ai démontré dans mes motifs, la création d'un programme d'aide sociale respectueux des droits à l'égalité des jeunes ne requérait pas nécessairement que les prestations versées aux moins de 30 ans soient majorées au niveau de celles versées aux 30 ans et plus. Le gouvernement aurait pu choisir d'améliorer les avantages accordés aux moins de 30 ans par les programmes ou, comme il l'a fait en 1989, d'imposer des conditions à tous les bénéficiaires.

299 Par conséquent, je rejette la demande de dommages-intérêts présentée par l'appelante en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

C. *La Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

L'article 45 de la *Charte québécoise*

300 L'appelante affirme également que l'al. 29*a*) porte atteinte aux droits que lui garantit l'art. 45 de la *Charte québécoise*, qui est rédigé ainsi :

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

L'intimé plaide que les termes « prévues par la loi » et « susceptibles » ont pour effet de limiter l'étendue de ce que doit faire le gouvernement pour garantir un niveau de vie décent. Elle prétend que, suivant cette disposition, le gouvernement n'a qu'à fournir de manière efficiente l'aide qu'il définit dans ses mesures législatives. Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel a analysé en profondeur des documents internationaux en matière de droits de la personne pour dégager le contexte permettant d'interpréter la disposition en question et les termes

in the context of the other social rights enumerated in the *Quebec Charter*, as well as the language of international social charters, the terms "provided for by law" and "susceptible" should not be read restrictively. The appellant, likewise, argues that those terms, instead of limiting the right, create a positive obligation on the state to put in place social assistance by law.

susmentionnés en particulier. Il a conclu que, à la lumière des autres droits sociaux énumérés dans la *Charte québécoise* et dans le texte des chartes sociales internationales, les termes « prévues par la loi » et « susceptibles » ne sauraient être interprétés restrictivement. L'appelante avance elle aussi que ces termes ne limitent pas le droit concerné, mais imposent plutôt à l'État l'obligation positive d'établir des mesures d'aide sociale par voie législative.

301 When compared to the other social rights enumerated in the *Quebec Charter*, in particular those that are limited by the words "to the extent provided by law" (emphasis added) (e.g., s. 44), I would agree with the appellant that the term "provided for by law" should not be read too restrictively. In my view, the word "susceptible" defines the nature of the benefit to be provided which could encompass social programs such as the ones that were established under the legislation impugned in these proceedings. Thus, I would find that, on its face, s. 45 does create some form of positive right to a minimal standard of living.

Lorsqu'on le compare aux autres droits sociaux énumérés dans la *Charte québécoise*, tout particulièrement ceux qui sont limités par les mots « dans la mesure prévue par la loi » (je souligne) (par exemple l'art. 44), je souscris à l'argument de l'appelante selon laquelle l'expression « prévues par la loi » ne devrait pas être interprétée trop restrictivement. À mon avis, le terme « susceptibles » définit la nature des avantages envisagés, qui pourraient être des programmes sociaux tels ceux établis en vertu du texte de loi contesté en l'espèce. Par conséquent, j'estime que, à la lumière de son texte même, l'art. 45 crée une certaine forme de droit positif à un niveau de vie minimal.

302 There is no need, however, to enter into a lengthy examination of whether the legislation in question here provided for social assistance which met the standard required by s. 45. This is because the section must be interpreted in light of the remedial provisions of the *Quebec Charter*. Section 52 of the *Quebec Charter* reads as follows:

Il n'est toutefois pas nécessaire de s'attarder à la question de savoir si, en l'espèce, le texte de loi litigieux assurait une aide sociale respectant la norme prescrite par l'art. 45. La raison en est que la disposition en question doit être interprétée en fonction des dispositions réparatrices de la *Charte québécoise*. Voici, à cet égard, le texte de l'art. 52 de la *Charte québécoise* :

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

In my view, it is quite clear that the court has no power to declare any portion of a law invalid due to a conflict with s. 45. Section 52 simply cannot apply.

À mon avis, il est très clair que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer invalide tout ou partie d'un texte de loi pour cause d'incompatibilité avec l'art. 45. L'article 52 n'est tout simplement pas applicable.

303 The appellant also argues that she should be entitled to damages pursuant to s. 49 of the *Quebec Charter*. Section 49 reads as follows:

L'appelante prétend également qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 49 de la *Charte québécoise*, qui est rédigé ainsi :

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

This Court interpreted s. 49 in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. In that case, Gonthier J. held (at paras. 119-21) that:

In my view, the first paragraph of s. 49 and art. 1053 *C.C.L.C.* are based on the same legal principle of liability associated with wrongful conduct . . . .

It is thus clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault. The *Charter* formalizes standards of conduct that apply to all individuals. The legislative recognition of these standards of conduct has to some extent exempted the courts from clarifying their content. This recognition does not, however, make it possible to distinguish in principle the standards of conduct in question from that under art. 1053 *C.C.L.C.*, which the courts apply to the circumstances of each case. The violation of one of the guaranteed rights is therefore wrongful behaviour, which, as the Court of Appeal has recognized, breaches the general duty of good conduct. . . .

The nature of the damages that may be obtained under the first paragraph of s. 49 reinforces the parallel with civil liability. It is understood that the moral and material damages awarded by a court following a *Charter* violation are strictly compensatory in nature. The wording of the provision leaves no doubt in this regard, since it entitles the victim of an unlawful interference with a protected right to obtain "compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom".

In *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, L'Heureux-Dubé J. clarified this further by holding, for a unanimous Court (at para. 116), that:

To find that there has been unlawful interference, it must be shown that a right protected by the *Charter* was infringed and that the infringement resulted from wrongful conduct. A person's conduct will be characterized as wrongful if, in engaging therein, he or she violated a standard of conduct considered reasonable in the circumstances under the general law . . . .

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, notre Cour a interprété l'art. 49. Le juge Gonthier a tiré les conclusions suivantes, aux par. 119-121 :

À mon avis, l'art. 49, al. 1 et l'art. 1053 *C.c.B.C.* relèvent d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif . . .

Ainsi, il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile. La *Charte* formalise en effet des normes de conduite, qui s'imposent à l'ensemble des citoyens. La reconnaissance législative de ces normes de conduite a dispensé la jurisprudence, dans une certaine mesure, d'en préciser le contenu. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de distinguer, en principe, les normes de conduite en question de celle qui découle de l'art. 1053 *C.c.B.C.*, et que les tribunaux appliquent aux circonstances de chaque espèce. La violation d'un des droits garantis constitue donc un comportement fautif, qui, comme l'a déjà reconnu la Cour d'appel, contrevient au devoir général de bonne conduite . . .

La nature des dommages-intérêts que permet d'obtenir l'art. 49, al. 1 renforce le rapprochement avec la responsabilité civile. Il est entendu que les dommages moraux et matériels qu'accorde un tribunal suite à une violation de la *Charte* sont de nature strictement compensatoire. Le libellé du texte législatif ne laisse subsister aucun doute à ce sujet, puisqu'il confère à la victime d'une atteinte illicite à un droit protégé le droit d'obtenir « la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

Dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, le juge L'Heureux-Dubé, exprimant la décision unanime de la Cour, a apporté les précisions suivantes, au par. 116 :

Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé et que cette violation résulte d'un comportement fautif. Un comportement sera qualifié de fautif si, ce faisant, son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances selon le droit commun . . .

304 Thus, in order to substantiate a s. 49 claim against the government for having drafted legislation that violates a *Quebec Charter* right, one would need to demonstrate that the legislature has breached a particular standard of care in drafting the legislation. It seems to me unlikely that a government could, under s. 49, be held responsible for having simply drafted faulty legislation. This view was shared by Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, at para. 13, where he quoted approvingly Delisle J.A.:

> [TRANSLATION] In terms of the civil law, there is no doubt that the Crown is not negligent when it enacts a law that is subsequently declared invalid, any more than the public official who attends to its implementation.

Thus, on the s. 45 issue, I would find that while the section appears to create some form of right to a statutory social assistance regime providing a minimum standard of living, in this case, that right is unenforceable; neither s. 52 nor s. 49 of the *Quebec Charter* applies.

305 The appellant argues that it makes no sense to have a section that is of no effect. My response to that is two-fold. First, no s. 49 remedy could be substantiated in this case because no wrongful conduct was found to exist. This does not mean that a private actor, or a state official, acting in a wrongful manner, could not, in another case, be found to have violated someone's s. 45 rights. In such a case, the court would be free to award damages. Secondly, even though the section does not provide for financial redress from the government in this case, the section is not without value. Indeed it is not uncommon for governments to outline non-judiciable rights in human rights charters. Courts are not the only institutions mandated to enforce constitutional documents. Legislatures also have a duty to uphold them. If, in this case, the court cannot force the government to change

Par conséquent, la personne qui, en vertu de l'art. 49, présente contre l'État une demande reprochant à celui-ci d'être l'auteur d'un texte de loi contrevenant à un droit garanti par la *Charte québécoise* doit démontrer que le législateur a manqué à une norme de diligence donnée dans la rédaction du texte de loi en question. Il me semble improbable que l'État puisse, par application de l'art. 49, être tenu responsable simplement parce qu'il aurait rédigé un texte de loi lacunaire. Le juge Gonthier a souscrit à ce point de vue dans l'arrêt *Guimond*, précité, par. 13, où il a cité et approuvé les propos suivants du juge Delisle de la Cour d'appel :

> Sur le plan du droit civil, il ne fait aucun doute que l'État ne commet pas une faute en adoptant une loi qui sera par la suite déclarée invalide, pas plus que le fonctionnaire qui voit à son application.

En conséquence, pour ce qui est de la question de l'art. 45, bien que cette disposition paraisse créer un certain droit à un régime d'aide sociale prévu par la loi et assurant un niveau de vie minimal, j'estime que le respect de ce droit ne peut pas, en l'espèce, être obtenu en justice; ni l'art. 52 ni l'art. 49 de la *Charte québécoise* ne s'appliquent.

L'appelante soutient qu'il n'est pas logique qu'une disposition ne produise pas d'effets. Ma réponse à cet argument comporte deux volets. Premièrement, aucune réparation fondée sur l'art. 49 ne saurait être justifiée en l'espèce, puisqu'on n'a pas conclu à l'existence d'un comportement fautif. Cela ne signifie pas qu'un particulier ou un représentant de l'État qui aurait agi de manière fautive ne pourrait pas, dans une autre situation, être reconnu coupable d'avoir porté atteinte aux droits garantis à une personne par l'art. 45. Dans un tel cas, il serait loisible au tribunal d'accorder des dommages-intérêts. Deuxièmement, même si l'art. 45 ne permet pas d'obtenir de réparation pécuniaire de l'État dans la présente affaire, cette disposition n'est pas sans valeur. De fait, il n'est pas inhabituel pour les législateurs d'énoncer, dans les chartes relatives aux droits de la personne, des droits dont

the law by virtue of s. 45, the *Quebec Charter* still has moral and political force.

VIII. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal. I would declare s. 29(*a*) of the Regulation unconstitutional. The constitutional questions are answered as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

Yes.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

It is not necessary to answer this question.

on ne peut demander aux tribunaux d'assurer le respect. Les tribunaux ne sont pas les seules institutions chargées de veiller au respect des documents constitutionnels. Les législateurs ont eux aussi l'obligation de les faire respecter. Malgré le fait que, en l'espèce, la Cour ne puisse, en vertu de l'art. 45, contraindre l'État à modifier la loi, la *Charte québécoise* conserve néanmoins sa valeur morale et politique.

VIII. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je déclarerais inconstitutionnel l'al. 29*a*) du Règlement. Voici les réponses données aux questions constitutionnelles : 306

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

The following are the reasons delivered by

307 ARBOUR J. (dissenting) — The facts, as well as the history of this litigation, are set out at length in my colleagues' opinions and I need not repeat them here. Essentially, the appellant asserts on her own behalf and on behalf of a class of claimants that a provision of the regulations under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, in force between 1984 and 1989 which provided for lesser benefits for single adults under the age of 30 than for those 30 and over was unconstitutional as violating ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

308 I would allow this appeal on the basis of the appellant's s. 7 *Charter* claim. In doing so, I conclude that the s. 7 rights to "life, liberty and security of the person" include a positive dimension. Few would dispute that an advanced modern welfare state like Canada has a positive moral obligation to protect the life, liberty and security of its citizens. There is considerably less agreement, however, as to whether this positive moral obligation translates into a legal one. Some will argue that there are interpretive barriers to the conclusion that s. 7 imposes a positive obligation on the state to offer such basic protection.

309 In my view these barriers are all less real and substantial than one might assume. This Court has never ruled, nor does the language of the *Charter* itself require, that we must reject any positive claim against the state — as in this case — for the most basic positive protection of life and security. This Court has consistently chosen instead to leave open the possibility of finding certain positive rights to the basic means of subsistence within s. 7. In my view, far from resisting this conclusion, the language and structure of the *Charter* — and of s. 7 in particular — actually compel it. Before demonstrating all of this it will be necessary to deconstruct the various firewalls that are said to exist around s. 7, precluding this Court from reaching in

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) — Comme les faits et l'historique des procédures judiciaires sont exposés en détail dans les opinions de mes collègues, je n'ai pas besoin de les répéter. Essentiellement, l'appelante, en son nom et au nom d'un groupe de demandeurs, plaide l'inconstitutionnalité, pour cause de violation des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une disposition du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, qui était en vigueur de 1984 à 1989 et accordait aux jeunes adultes de moins de 30 ans des prestations inférieures à celles versées aux bénéficiaires âgés de 30 ans et plus.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Ce faisant, j'arrive à la conclusion que le droit d'un individu « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » que lui garantit l'art. 7 comporte une dimension positive. Peu de gens mettraient en doute l'obligation morale positive qu'a un État providence moderne comme le Canada de protéger la vie, la liberté et la sécurité de ses citoyens. Cependant, la question de savoir si cette obligation morale positive se traduit par une obligation légale ne recueille pas un aussi large consensus. Certains soutiennent que, en raison d'obstacles sur le plan de l'interprétation, il est impossible de conclure que l'art. 7 impose à l'État l'obligation positive d'offrir une protection aussi fondamentale.

À mon avis, ces obstacles sont moins réels et importants qu'on pourrait le supposer. Pas plus que ne l'exige le texte même de la *Charte*, la Cour n'a jamais statué qu'il lui fallait rejeter toute action — comme celle qui nous occupe — demandant à l'État d'intervenir concrètement pour assurer aux citoyens la protection tangible la plus élémentaire en ce qui touche à la vie et à la sécurité. Au contraire, la Cour a constamment choisi de ne pas écarter la possibilité de conclure à l'existence, à l'art. 7, de certains droits positifs à des moyens élémentaires de subsistance. À mon sens, loin de faire obstacle à une telle conclusion, le texte et la structure de la *Charte* — tout particulièrement l'art. 7 de celle-ci — commandent en fait une telle conclusion.

this case what I believe to be an inevitable and just outcome.

I. Preliminary Concerns

It is often suggested that s. 7 of the *Charter* cannot impose positive legal obligations on government. Before embarking on the usual textual, purposive and contextual analysis required in constitutional interpretation, it is therefore necessary to address the barriers that are traditionally said to preclude *a priori* a positive claim against the state under s. 7.

A. *Economic Rights*

There was some discussion in the courts below concerning whether s. 7 extends its protection to the class of so-called "economic rights". That discussion gets its impetus from certain dicta of Dickson C.J. in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In *Irwin Toy*, Dickson C.J. compared the wording of s. 7 to similar provisions in the American *Bill of Rights* and noted the following, at p. 1003:

> The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of "security of the person" . . . leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term "property" are not within the perimeters of the s. 7 guarantee.

This has no relevance to the present appeal. On its face, the statement purports to rule out of s. 7 only those economic rights that are generally encompassed by the term "property". The appellant in this case makes no claim that could reasonably be construed as a claim to a right of property. Indeed, the claim she does make — namely, to a level of social assistance adequate for the provision of her basic needs of subsistence — is one which Dickson C.J. explicitly excepted from his statement in *Irwin Toy*, at pp. 1003-4:

Avant de démontrer ces propositions, j'estime qu'il sera nécessaire de démanteler les barrières qui, affirme-t-on, entourent l'art. 7 et empêchent la Cour d'arriver en l'espèce à un résultat que je considère juste et incontournable.

I. Questions préliminaires

On affirme souvent que l'art. 7 de la *Charte* ne saurait avoir pour effet d'assujettir les gouvernements à des obligations légales positives. Avant d'amorcer les analyses textuelle, téléologique et contextuelle requises en matière d'interprétation constitutionnelle, il est donc nécessaire d'examiner les obstacles qui, objecte-t-on généralement, empêcheraient a priori de solliciter, en vertu de l'art. 7, l'intervention concrète de l'État. 310

A. *Les droits économiques*

On s'est demandé, devant les juridictions inférieures, si la protection de l'art. 7 s'étendait à la catégorie des droits dits « économiques ». Cet examen a été inspiré par certaines remarques formulées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où ce dernier avait comparé le texte de l'art. 7 aux dispositions similaires de la Constitution américaine et dit ceci, à la p. 1003 : 311

> [L']exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la « sécurité de sa personne » [. . .] permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7.

Ces remarques ne sont pas pertinentes dans le présent pourvoi. À première vue, cet énoncé n'entend exclure du champ d'application de l'art. 7 que les droits économiques généralement visés par le terme « propriété ». En l'espèce, l'appelante ne revendique rien qui pourrait raisonnablement être interprété comme un droit de propriété. De fait, l'objet de l'action de l'appelante — savoir un niveau d'aide sociale suffisant pour subvenir à ses besoins essentiels — est un droit du genre de ceux que le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 1003-1004, a explicitement exclus de la portée de l'énoncé général, cité plus haut, qu'il fait dans le même arrêt :

This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within "security of the person". Lower courts have found that the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property-contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of *Charter* interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the same ilk as corporate-commercial economic rights.

Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales — tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats — que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales.

This prudent exercise in judicial restraint was understandable given that, unlike the case here, the question was not directly relevant in *Irwin Toy*. The instant appeal, in contrast, makes obvious why "those economic rights fundamental to human life or survival" should not in fact be treated as of the same ilk as corporate-commercial economic rights. Simply put, the rights at issue here are so intimately intertwined with considerations related to one's basic health (and hence "security of the person") — and, at the limit, even of one's survival (and hence "life") — that they can readily be accommodated under the s. 7 rights of "life, liberty and security of the person" without the need to constitutionalize "property" rights or interests.

Cette attitude de retenue judiciaire marquée par la prudence était compréhensible, étant donné que, contrairement à ce qui est le cas dans le présent pourvoi, cette question n'était pas directement pertinente dans l'arrêt *Irwin Toy*. En revanche, la présente affaire illustre clairement pourquoi « [l]es droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie » ne devraient pas, dans les faits, être traités comme s'ils étaient de même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. En d'autres mots, les droits litigieux en l'espèce sont si intimement liés à des considérations touchant fondamentalement à la santé d'une personne (et, de ce fait, à la « sécurité de sa personne ») — et même, à la limite, à la survie de cette personne (et partant à sa « vie ») — qu'ils peuvent facilement s'intégrer dans le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » prévu à l'art. 7, sans qu'il soit nécessaire de constitutionnaliser les droits ou intérêts de « propriété ».

312 Indeed, the rights at issue in this case are so connected to the sorts of interests that fall under s. 7 that it is a gross mischaracterization to attach to them the label of "economic rights". Their only kinship to the economic "property" rights that are *ipso facto* excluded from s. 7 is that they involve some economic value. But if this is sufficient to attract the label "economic right", there are few rights that would not be economic rights. It is in the very nature of rights that they crystallize certain benefits, which

D'ailleurs, le lien entre les droits en litige et ceux visés à l'art. 7 est suffisamment étroit que le fait de les appeler « droits économiques » constitue une grossière erreur de qualification. Le seul attribut qu'ils partagent avec les droits de « propriété » économiques qui sont exclus *ipso facto* de l'art. 7 est le fait qu'ils comportent une certaine valeur économique. Toutefois, si ce seul critère suffit pour qualifier un droit de « droit économique », alors rares sont les droits qui ne feraient

can often be quantified in economic terms. What is truly significant, from the standpoint of inclusion under the rubric of s. 7 rights, is not therefore whether a right can be expressed in terms of its economic value, but as Dickson C.J. suggests, whether it "fall[s] within 'security of the person'" or one of the other enumerated rights in that section. It is principally because corporate-commercial "property" rights fail to do so, and not because they contain an economic component *per se*, that they are excluded from s. 7. Conversely, it is because the right to a minimum level of social assistance is clearly connected to "security of the person" and "life" that it distinguishes itself from corporate-commercial rights in being a candidate for s. 7 inclusion.

In my view, this tells decisively against any argument that relies upon a supposed economic rights prohibition within s. 7 of the *Charter*. There is, however, a related argument, advanced by Professor Hogg among others, to suggest that the kind of interest claimed by the appellant in this case cannot fall within the scope of s. 7 (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 44-12.1):

> The trouble . . . is that it accords to s. 7 an economic role that is incompatible with its setting in the legal rights portion of the Charter — a setting that the Supreme Court of Canada has relied upon as controlling the scope of s. 7.

As I understand the argument it purports to rule out the kind of interest claimed here, not so much because it has an economic component (though that is ostensibly part of the objection), but because it fails to exhibit the characteristics of a "legal right". I take this last point to be the real thrust of the objection, since the argument would lose its teeth against an historically recognized legal right which nevertheless also had an economic component: for example, the right to a trial by jury in

pas partie de ceux-ci. Il est de l'essence même des droits qu'ils se concrétisent par certains avantages, souvent économiquement quantifiables. Pour décider si un droit est visé par l'art. 7, la considération vraiment pertinente n'est pas de savoir si ce droit peut être défini par sa valeur économique, mais plutôt, comme le suggère le juge en chef Dickson, s'il peut « être visé par l'expression "sécurité de sa personne" » ou par un autre droit énuméré dans cette disposition. C'est principalement parce qu'ils ne sont pas visés par cette expression ou par un autre droit énuméré, que les droits de « propriété » économiques des sociétés commerciales sont exclus du champ d'application de l'art. 7, et non parce qu'ils comportent en soi un aspect économique. À l'inverse, c'est parce qu'il se rattache clairement à la « vie » et à la « sécurité de [la] personne » que le droit à un niveau minimal d'aide sociale se distingue des droits économiques des sociétés commerciales et que son inclusion dans les droits visés par l'art. 7 peut être envisagée.

À mon avis, ces explications réfutent décisivement tout argument fondé sur l'existence d'une supposée exclusion des droits économiques de l'art. 7 de la *Charte*. Il existe toutefois un argument connexe, avancé notamment par le professeur Hogg, voulant que le type de droit que revendique l'appelante en l'espèce ne saurait être visé par l'art. 7 (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 44-12.1) : 313

> [TRADUCTION] Le problème [. . .] est qu'il investit l'art. 7 d'une mission économique incompatible avec son emplacement dans la section de la Charte portant sur les garanties juridiques — cadre qu'a invoqué la Cour suprême du Canada pour délimiter la portée de l'art. 7.

Si je comprends bien cet argument, le type de droit revendiqué en l'espèce serait écarté, non pas tant parce qu'il comporte une dimension économique (quoiqu'il s'agisse manifestement d'une des raisons pour lesquelles on s'oppose à son inclusion), que parce qu'il ne présente pas les caractéristiques d'une « garantie juridique ». Ce dernier point constitue selon moi l'élément central de l'objection, puisque l'argument perdrait toute sa force devant une garantie juridique historiquement reconnue

certain criminal cases, which right inevitably involves incurring additional costs in the administration of justice. I will now turn to this specific issue.

B. *Legal Rights*

314 The argument is that s. 7 is an umbrella of legal rights and that ss. 8 to 14, using a kind of *ejusdem generis* rule, inform and limit its scope. This restrictive interpretation of s. 7 formed no part of the reasoning in *Irwin Toy* that excluded corporate-commercial property rights from s. 7. Rather, it seems to have had its genesis in the concurring reasons of Lamer J. (as he then was) in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), at pp. 1171-74, where he observed that:

> [T]he guarantees of life, liberty and security of the person are placed together with a set of provisions . . . which are mainly concerned with criminal and penal proceedings. . . . It is significant that the rights guaranteed by s. 7 as well as those guaranteed in ss. 8-14 are listed under the title "Legal Rights", or in the French version "*Garanties juridiques*". The use of the term "Legal Rights" suggests a distinctive set of rights different from the rights guaranteed by other sections of the *Charter*. . . .
>
> . . .
>
> Section 7 and more specifically ss. 8-14 protect individuals against the state when it invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm.

315 This approach to s. 7, curtailing its footprint to "legal rights" of the type contained in ss. 8 to 14,

mais comportant néanmoins une dimension économique : par exemple le droit à un procès avec jury dans certaines affaires criminelles, droit qui entraîne inévitablement des coûts additionnels du point de vue de l'administration de la justice. Je vais maintenant examiner l'argument relatif aux garanties juridiques.

B. *Garanties juridiques*

Suivant cet argument, l'art. 7 déploie une panoplie de garanties juridiques et, si on applique une sorte de règle *ejusdem generis*, les art. 8 à 14 ont pour effet de déterminer la portée de cet article et de la restreindre. Cette interprétation restrictive de l'art. 7 n'était pas un aspect du raisonnement appliqué par la Cour, dans l'arrêt *Irwin Toy*, pour exclure les droits de propriété économiques des sociétés commerciales du champ d'application de l'art. 7. L'interprétation en question semble plutôt tirer son origine des motifs concordants exposés par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), où ce dernier a fait les observations suivantes, aux p. 1171-1174 :

> [L]es garanties relatives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne font partie d'une série de dispositions [. . .] qui visent principalement les affaires pénales. [. . .] Il est révélateur que les droits garantis par l'art. 7 ainsi que ceux garantis par les art. 8 à 14 se retrouvent sous la rubrique « Garanties juridiques » dans la version française et « *Legal Rights* » dans la version anglaise. L'expression « garanties juridiques » indique qu'il s'agit d'une catégorie de droits distincts, différents des droits garantis par d'autres articles de la *Charte* . . .
>
> . . .
>
> L'article 7, et plus spécifiquement les art. 8 à 14, protègent les individus contre l'État lorsqu'il recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire.

Dans des arrêts plus récents, la Cour a atténué l'interprétation restrictive de l'art. 7 qui avait pour

has been attenuated in more recent cases. For example, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, this Court held (at para. 46) that "[s]ection 7 can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is 'state action which directly engages the justice system and its administration'" (emphasis added). The recognition in that case that s. 7 protection extends beyond the criminal or penal context was in itself nothing new. What was noteworthy in Bastarache J.'s dictum was the suggestion, implied by his use of the phrase "at least", that s. 7 might even extend beyond the justice system and its administration. That his use of this phrase should be interpreted permissively rather than restrictively was later confirmed indirectly in *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48. In that case, this Court found that apprehension of a child by an agent of the state, pursuant to legislative authority and in the absence of a judicial order, constituted a deprivation of the parents' security of the person. While the Court went on to find the deprivation to be in conformity with the principles of fundamental justice, what is significant for present purposes is that the right to security of the person was found to be implicated by state action that had little relation to any judicial or quasi-judicial proceeding. The apprehension itself was entirely disconnected from the justice system and its administration and simply involved implementation of a legislative provision by a government official.

In the light of these recent developments, I think that there is considerable room for doubt as to whether the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* is controlling of its scope. Moreover, the appeal to a *Charter* subheading as a way of limiting the kinds of interests that are protected by a rights-granting provision

effet de limiter la portée de celui-ci aux « garanties juridiques » du type visé aux art. 8 à 14. Par exemple, dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 46, la Cour a statué que « [l']article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un "acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice" » (je souligne). La reconnaissance, dans cet arrêt, du fait que la protection de l'art. 7 débordait le contexte criminel ou pénal n'avait en soi rien de nouveau. Ce qui vaut d'être souligné relativement à ces remarques du juge Bastarache est que, en utilisant l'expression « au moins », il semble évoquer la possibilité que l'art. 7 puisse même déborder le cadre du système judiciaire et son administration. Subséquemment, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, la Cour a confirmé indirectement que l'utilisation de cette expression devait être interprétée largement plutôt que restrictivement. Dans cette affaire, la Cour a jugé que l'appréhension d'un enfant — effectuée par un agent de l'État en vertu d'un pouvoir prévu par un texte de loi, mais en l'absence d'une ordonnance judiciaire — avait pour effet de priver les parents de l'enfant en question de la sécurité de leur personne. Bien que, en définitive, la Cour ait conclu que la privation avait été imposée en conformité avec les principes de justice fondamentale, l'élément important dans le cadre du présent pourvoi est que la Cour a estimé qu'un acte de l'État qui n'avait qu'un faible lien avec une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire avait fait entrer en jeu le droit de l'intéressée à la sécurité de sa personne. En soi, l'appréhension était une mesure entièrement dissociée du système judiciaire et de son administration et concernait simplement la mise en œuvre d'une disposition législative par un fonctionnaire.

316 Compte tenu de ces faits récents, j'estime qu'il est certes permis de se demander si le fait que l'art. 7 figure dans la section « Garanties juridiques » de la *Charte* a pour effet de circonscrire le champ d'application de cet article. En outre, l'utilisation d'un intertitre de la *Charte* comme moyen de restreindre le genre de droits protégés par une disposition

appears to be at odds with the generous and purposive approach that this Court has repeatedly identified as the proper approach to the interpretation of *Charter* rights: *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. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Indeed, it is more consistent with the kind of "legalistic" interpretation associated with cases decided under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, and that Dickson J. (as he then was) specifically contrasted with the purposive approach in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344:

> The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.
>
> . . . The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

Whereas the course of s. 7 jurisprudence may have once supported a legalistic reliance on the subheading "Legal Rights" as a way of delimiting the scope of s. 7 protection, the more recent turn in s. 7 jurisprudence indicates that this interpretive device has been supplanted by a purposive and contextual approach to the recognition of constitutionally protected rights.

317 Finally, one should not underestimate the significance of the historical context in which Lamer J. made his comments in the *Prostitution Reference*, *supra*. At the time, almost all s. 7 cases involved

créatrice de droits paraît incompatible avec l'interprétation libérale et téléologique que la Cour a maintes fois désignée comme étant la démarche appropriée pour interpréter les droits garantis par la *Charte* : *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. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. De fait, le recours aux intertitres correspond davantage au genre d'interprétation « formaliste » que l'on associe aux jugements concernant la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, et que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a précisément opposé à l'interprétation téléologique dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, p. 344 :

> Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> . . . Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

Bien que, à une certaine époque, la jurisprudence de la Cour relative à l'art. 7 ait pu s'appuyer sur une interprétation formaliste fondée sur l'intertitre « Garanties juridiques » pour délimiter l'étendue de la protection conférée par l'art. 7, il ressort des arrêts plus récents sur la question que cette technique d'interprétation a été remplacée par l'application d'une démarche téléologique et contextuelle en matière de reconnaissance des droits protégés par la Constitution.

Enfin, il ne faut pas sous-estimer l'importance du contexte historique des commentaires du juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. À l'époque, presque toutes les décisions relatives

challenges to state action in the context of criminal proceedings. It might then have appeared that this was the range of interests that s. 7 was meant to protect. The evolution of the case law no longer compels that conclusion. As s. 7 jurisprudence has developed, new kinds of interests, quite apart from those engaged by one's dealings with the justice system and its administration, have been asserted and found to be deserving of s. 7 protection. To now continue to insist upon the restrictive significance of the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* would be to freeze constitutional interpretation in a manner that is inconsistent with the vision of the Constitution as a "living tree" which has always been part of the Canadian constitutional landscape. As this Court recognized in *Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180:

> The doctrine of the constitution as a living tree mandates that narrow technical approaches are to be eschewed . . . . It also suggests that the past plays a critical but non-exclusive role in determining the content of the rights and freedoms granted by the *Charter*. The tree is rooted in past and present institutions, but must be capable of growth to meet the future.

In spite of this, some will suggest that we must distinguish cases like *K.L.W.*, *supra*, from the instant appeal on the basis that it is difficult to point to any affirmative state action in the present case which could properly be said to constitute a violation of one of the enumerated rights in s. 7. Whatever the merits of this argument, it is important to keep it distinct from the "Legal Rights" argument which has been the focus of the present discussion. The significance of cases like *Blencoe* and *K.L.W.* in the context of this discussion is that they make room for the kind of interest at issue in this appeal by relaxing any supposed requirement that the right claimed under s. 7 display the characteristics of a "legal right" similar in nature to those at stake in the administration of criminal justice. Whether these cases — or others — would also bar the present action by imposing another requirement of

à l'art. 7 portaient sur la contestation d'un acte accompli par l'État dans le cadre de procédures criminelles. Il a pu alors sembler qu'il s'agissait de l'éventail de droits que l'art. 7 était censé protéger. Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence, cette conclusion ne s'impose toutefois plus. Au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 7, les plaideurs ont invoqué de nouveaux droits très distincts de ceux qui sont en cause lorsque le système judiciaire et l'administration de la justice sont concernés, et les tribunaux ont jugé que ces droits étaient protégés par l'art. 7. Continuer aujourd'hui à insister sur l'effet restrictif qu'aurait le fait que l'art. 7 se trouve dans la section des « Garanties juridiques » de la *Charte* équivaudrait à figer l'interprétation constitutionnelle, et ce d'une manière incompatible avec la conception — qui fait depuis toujours partie du paysage constitutionnel canadien — selon laquelle la Constitution est un « arbre vivant ». Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180 :

> La doctrine qui compare la Constitution à un arbre nous oblige à écarter les interprétations étroites et formalistes [. . .] Elle indique aussi que le passé joue un rôle critique mais non-exclusif dans la détermination du contenu des droits et libertés conférés par la *Charte*. L'arbre est enraciné dans les institutions passées et présentes, mais il doit pouvoir croître pour faire face à l'avenir.

318 Certains avanceront néanmoins qu'il y a lieu de distinguer le présent pourvoi d'affaires telles que l'arrêt *K.L.W.*, précité, puisqu'il est difficile en l'espèce de mettre le doigt sur une mesure étatique concrète qui, pourrait-on affirmer, contrevient à l'un des droits énumérés à l'art. 7. Indépendamment de la valeur de cet argument, il importe de le séparer de celui fondé sur les « Garanties juridiques » qui vient d'être examiné. La pertinence, dans le cadre de cet examen, d'affaires tels les arrêts *Blencoe* et *K.L.W.*, est qu'elles ouvrent la porte à la reconnaissance du type de droit en litige dans le présent pourvoi en assouplissant toute prétendue exigence voulant que le droit invoqué en vertu de l'art. 7 doive posséder les caractéristiques d'une « garantie juridique » de nature similaire à celles que met en jeu l'administration de la justice criminelle. Quant à

affirmative (or positive) state action as a *sine qua non* of s. 7 protection is a different question, to which I now turn.

C. *Negative vs. Positive Rights and the Requirement of State Action*

319 There is a suggestion that s. 7 contains only negative rights of non-interference and therefore cannot be implicated absent any positive state action. This is a view that is commonly expressed but rarely examined. It is of course true that in virtually all past s. 7 cases it was possible to identify some definitive act on the part of the state which could be said to constitute an interference with life, liberty or security of the person and consequently ground the claim of a s. 7 violation. It may also be the case that no such definitive state action can be located in the instant appeal, though this will largely depend on how one chooses to define one's terms and, in particular, the phrase "state action". One should first ask, however, whether there is in fact any requirement, in order to ground a s. 7 claim, that there be some affirmative state action interfering with life, liberty or security of the person, or whether s. 7 can impose on the state a duty to act where it has not done so. (I use the terms "affirmative", "definitive" or "positive" to mean an identifiable action in contrast to mere inaction.) No doubt if s. 7 contemplates the existence only of negative rights, which are best described as rights of "non-interference", then active state interference with one's life, liberty or security of the person by way of some definitive act will be necessary in order to engage the protection of that section. But if, instead, s. 7 rights include a positive dimension, such that they are not merely rights of non-interference but also what might be described as rights of "performance", then they may be violable by mere inaction or failure by the state to actively provide the conditions necessary for their fulfilment. We must not sidestep a determination of this issue by assuming from the start that s. 7

savoir si ces arrêts — ou d'autres — feraient également obstacle à la présente action en exigeant, comme condition *sine qua non* d'application de la protection garantie par l'art. 7, l'existence d'une mesure étatique concrète (ou positive), il s'agit d'une question différente, que je vais maintenant examiner.

C. *Droits négatifs par opposition à droits positifs et existence obligatoire d'une mesure étatique*

On prétend que l'art. 7 n'accorde que des droits « négatifs » — à savoir des garanties de non-intrusion — et qu'il ne saurait donc entrer en jeu en l'absence de mesure étatique positive. Fréquemment exprimée, cette opinion est toutefois rarement examinée. Certes, il est vrai que dans pratiquement tous les arrêts antérieurs concernant l'art. 7, on trouvait un acte gouvernemental précis qui pouvait être considéré comme une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et permettait de fonder une action en justice reprochant la violation de l'art. 7. Peut-être ne pourra-t-on pas relever la présence d'une telle mesure étatique précise dans le présent pourvoi, quoique cela dépendra largement de la définition qu'on donnera des différentes notions pertinentes, particulièrement l'expression « mesure étatique ». Cependant, il faut d'abord se demander si la présentation d'une demande fondée sur l'art. 7 requiert effectivement comme préalable l'existence d'une mesure étatique concrète portant atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, ou si l'art. 7 peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir lorsqu'il ne l'a pas fait. (J'utilise les termes « concrète », « précise » ou « positive » au sens d'une mesure identifiable par opposition à la simple inaction.) Il ne fait aucun doute que si l'art. 7 ne vise que des droits négatifs — qu'on peut décrire de façon plus juste comme étant des garanties de « non-intrusion » — il faudra alors démontrer, pour qu'entre en jeu la protection prévue par cet article, que l'État a, par quelque mesure précise, attenté de façon active à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé. Cependant, si les droits consacrés à l'art. 7 comportent plutôt une dimension positive, de sorte qu'ils ne sont pas simplement des garanties de non-intrusion, mais également ce qu'on pourrait appeler des garanties d'« intervention »,

includes a requirement of affirmative state action. That would be to beg the very question that needs answering.

It is not often clear whether the theory of negative rights underlying the view that s. 7 can only be invoked in response to a definitive state action is intended to be one of general application, extending to the *Charter* as a whole, or one that applies strictly to s. 7. As a theory of the *Charter* as a whole, any claim that only negative rights are constitutionally recognized is of course patently defective. The rights to vote (s. 3), to trial within a reasonable time (s. 11(*b*)), to be presumed innocent (s. 11(*d*)), to trial by jury in certain cases (s. 11(*f*)), to an interpreter in penal proceedings (s. 14), and minority language education rights (s. 23) to name but some, all impose positive obligations of performance on the state and are therefore best viewed as positive rights (at least in part). By finding that the state has a positive obligation in certain cases to ensure that its labour legislation is properly inclusive, this Court has also found there to be a positive dimension to the s. 2(*d*) right to associate (*Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94). Finally, decisions like *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and *Vriend*, *supra*, confirm that "[i]n some contexts it will be proper to characterize s. 15 as providing positive rights" (*Schachter*, *supra*, at p. 721). This list is illustrative rather than exhaustive.

Moreover, there is no sense in which the actual language of s. 7 limits its application to circumstances where there has been positive state interference. It is sometimes suggested that the requirement is implicit in the use of the concept of "deprivation" within s. 7. This is highly implausible. *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1973), vol. 1, at p. 524, defines the term "deprive" in such a way as

ils sont alors susceptibles de violation du seul fait de l'inaction de l'État ou du défaut de celui-ci de pourvoir activement à la mise en place des conditions nécessaires à leur respect. Nous ne devons pas contourner l'analyse de cette question en supposant, d'entrée de jeu, que l'art. 7 exige l'existence d'une mesure étatique positive. Nous éluderions ainsi la question même à laquelle nous devons répondre.

320 Il est souvent difficile de dire si la théorie des droits négatifs sur laquelle repose cette opinion se veut d'application générale et serait donc applicable à l'ensemble de la *Charte*, ou si elle s'applique strictement à l'art. 7. En tant que théorie applicable à l'ensemble de la *Charte*, tout argument affirmant que la Constitution ne reconnaît que des droits négatifs serait manifestement erronée. Le droit de vote (art. 3), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), le droit d'être présumé innocent (al. 11*d*)), le droit de bénéficier d'un procès avec jury dans certains cas (al. 11*f*)), le droit à un interprète dans des procédures pénales (art. 14) et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23) pour ne nommer que ceux-là, imposent tous à l'État des obligations positives d'intervention et il convient donc de les considérer comme des droits positifs (du moins en partie). En concluant que l'État a, dans certains cas, l'obligation positive de faire en sorte que ses lois du travail soient dûment inclusives, la Cour a également jugé que la liberté d'association consacrée à l'al. 2*d*) comportait une dimension positive (*Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94). Enfin, la Cour a confirmé, notamment dans les arrêts *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et *Vriend*, précité, que, « [d]ans certains contextes, il conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs » (*Schachter*, précité, p. 721). Cette liste se veut illustrative plutôt qu'exhaustive.

321 Qui plus est, le texte de l'art. 7 ne limite d'aucune façon son application aux seuls cas où on est en présence d'une mesure attentatoire concrète de la part de l'État. On prétend parfois que le concept de « *deprivation* » évoqué dans le texte anglais de l'art. 7 emporte implicitement cette exigence. Cet argument est très peu plausible. Suivant la définition du verbe « *deprive* » que donne le *Shorter Oxford*

to include, not only active taking away, divesting, or dispossession, but also mere "keep[ing] out *of* [or] debar[ing] *from*". In other words, the concept of deprivation is sufficiently broad to embrace withholdings that have the effect of erecting barriers in the way of the attainment of some object.

English Dictionary (3e éd. 1973), vol. 1, p. 524, ce mot s'entend non seulement du fait de retirer, dépouiller, dessaisir ou déposséder d'une façon active, mais aussi le simple fait [TRADUCTION] « d'exclure [*de*] [ou] de refuser [*à*] ». En d'autres termes, le concept de « *deprivation* » est suffisamment large pour englober les privations dont l'effet est d'ériger des obstacles à la réalisation d'un objectif.

322 Nor does the phrase "principles of fundamental justice" contain a requirement of positive state action by necessary implication, particularly when one rejects a restrictive interpretation of s. 7 confining it to a "Legal Rights" umbrella. If s. 7 were nothing more than a composite of the other "legal rights", one might think that it only comes into play when the machinery of justice is activated by the state. But I have already indicated why in my view we must reject the assumption that s. 7 protects only against the kinds of incursions one might expect to suffer in connection with one's dealings with the justice system and its administration. This obliterates the foundation for the idea that the phrase "principles of fundamental justice" includes an implicit requirement of positive state action. It also leaves s. 7 bereft of any trace of language that might contain a requirement of positive state action before a breach may occur.

L'expression « principes de justice fondamentale » n'exige pas non plus, par implication nécessaire, l'existence d'une mesure étatique concrète, particulièrement si l'on rejette l'interprétation restrictive de l'art. 7 selon laquelle cette disposition se limite à une panoplie de « Garanties juridiques ». Si l'article 7 ne constituait qu'un ensemble composite des autres « garanties juridiques », sans plus, on pourrait croire qu'il n'entre en jeu que dans les cas où l'État met en branle l'appareil judiciaire. Cependant, j'ai déjà expliqué pourquoi, à mon avis, nous devons rejeter l'hypothèse voulant que l'art. 7 ne protège une personne que contre le genre d'atteintes dont elle pourrait être victime dans ses rapports avec le système judiciaire et son administration. Cette conclusion enlève tout le fondement à l'idée que l'expression « principes de justice fondamentale » exige implicitement l'existence d'une mesure étatique concrète. Cette conclusion dépouille également l'art. 7 de tout élément de texte susceptible d'exiger l'existence d'une telle mesure.

323 In fact, the context in which s. 7 is found within the *Charter*'s structure favours the conclusion that it can impose on the state a positive duty to act. Even though s. 7 cannot be reduced to an "umbrella" of the "legal rights" contained in ss. 8 to 14, there is often overlap between the two. This Court has in the past emphasized the connection of these sections to s. 7 itself. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 502-3, Lamer J. indicated that ss. 8 to 14 are "illustrative" of the principles of fundamental justice that are referred to in s. 7 (see also, the *Prostitution Reference*, *supra*, at pp. 1171-72). Given this, if some of these "principles of fundamental justice" in ss. 8 to14 entrench positive rights, one should expect that s. 7 rights would also contain a positive

En fait, la position de l'art. 7 dans la structure de la *Charte* milite en faveur de la conclusion selon laquelle cet article peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir, d'intervenir. Même si l'art. 7 ne peut se réduire à la « panoplie » des « garanties juridiques » prévues aux art. 8 à 14, les champs d'application de ces dispositions se superposent souvent. La Cour a déjà souligné le lien qui existe entre ces articles et l'art. 7. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 502-503, le juge Lamer a indiqué que les art. 8 à 14 sont des « exemples » de principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 (voir aussi le *Renvoi sur la prostitution*, précité, p. 1171-1172). En conséquence, si certains des « principes de justice fondamentale »

dimension. No doubt this is what prompted Lamer C.J. to make the following observation in *Schachter*, *supra*, at p. 721: "the right to life, liberty and security of the person is in one sense a negative right, but the requirement that the government respect the 'fundamental principles of justice' may provide a basis for characterizing s. 7 as a positive right in some circumstances".

Finally, the case law is consistent with the view that s. 7 includes a positive dimension. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 107, this Court explicitly held that s. 7 provided a positive right to state-funded counsel in the context of a child custody hearing. Lamer C.J. put the point quite baldly: "The omission of a positive right to state-funded counsel in s. 10 . . . does not preclude an interpretation of s. 7 that imposes a positive constitutional obligation on governments to provide counsel in those cases when it is necessary to ensure a fair hearing."

One must resist the temptation to dilute the obvious significance of this decision by attempting to locate the threat to security of the person in *G. (J.)* in state action. It is of course true that the proceedings at issue in *G. (J.)* were initiated by the government. But Lamer C.J. pointed out that it was not the actions of the state in initiating the proceedings, *per se*, that gave rise to the potential s. 7 violation. Rather, "[t]he potential s. 7 violation . . . would have been the result of the failure of the Government of New Brunswick to provide the appellant with state-funded counsel . . . after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*" (*G. (J.)*, *supra*, at para. 91 (emphasis added)). This focus on state omission rather than state action is consistent with Lamer C.J.'s characterization of the state's obligation to provide counsel as a positive obligation. It is in the very nature of such obligations that

prévus aux art. 8 à 14 consacrent des droits positifs, on devrait s'attendre à ce que les droits visés à l'art. 7 comportent également une dimension positive. C'est nul doute ce qui a incité le juge en chef Lamer à faire l'observation suivante dans l'arrêt *Schachter*, précité, p. 721 : « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne constitue en un sens un droit négatif, mais l'exigence voulant que le gouvernement respecte "les principes de justice fondamentale" peut permettre de qualifier l'art. 7 de droit positif dans certaines circonstances ».

Enfin, la jurisprudence étaye l'opinion que l'art. 7 comporte une dimension positive. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 107, la Cour a explicitement jugé que l'art. 7 créait un droit positif aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans le cadre d'audiences relatives à la garde d'enfants. Le juge en chef Lamer l'a énoncé de façon très catégorique : « [l]'absence de mention d'un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État à l'art. 10 [. . .] n'écarte pas la possibilité d'interpréter l'art. 7 comme imposant aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir des services d'avocats dans les cas où cela est nécessaire à l'équité de l'audience. » 324

Il faut résister à la tentation d'atténuer l'importance évidente de cet arrêt en essayant d'assimiler la menace à la sécurité de la personne dont il était question dans l'arrêt *G. (J.)* à la mesure prise par l'État. Il est vrai que, dans cette affaire, c'est le gouvernement qui avait intenté les procédures en cause. Cependant, le juge en chef Lamer a fait remarquer que la violation potentielle de l'art. 7 ne découlait pas des actes de l'État, à savoir l'engagement des procédures. Au contraire, « [l]a contravention potentielle à l'art. 7 [. . .] aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique [. . .], après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* » (*G. (J.)*, précité, par. 91 (je souligne)). L'importance attachée à l'omission de l'État plutôt qu'à ses actes est compatible avec le fait que 325

they can be violated by mere inaction, or failure to perform the actions that one is duty-bound to perform.

326 In *Blencoe*, *supra*, this Court considered whether a state-caused delay in moving forward a human rights complaint violated the psychological integrity, and hence personal security, of the individual against whom the complaint was being made by subjecting him to prolonged and undue stigma. Bastarache J. stated at para. 57 that in order for state interference with an individual's psychological integrity to engage s. 7, "the psychological harm must be state imposed, meaning that the harm must result from the actions of the state" (emphasis deleted). This passage may appear to support the idea that positive state action is required to engage s. 7. There are, however, good reasons to find that it is not. For example, there are special problems relating to causation in the context of s. 7 claims involving psychological integrity which may support the need for a requirement of state action in such cases, without importing that requirement into s. 7 as a whole. Moreover, while this Court found on the particular facts of that case that there was no s. 7 violation, it also allowed that such state-caused delay might sometimes constitute a s. 7 violation, even if "only in exceptional cases" (*Blencoe*, at para. 83). In other words, *Blencoe* held that state-caused delay — the inertia (or lack of action) in moving a case forward — was not in itself incompatible with the s. 7 requirement that the impugned harm must result from "actions of the state". Therefore, *Blencoe* does not hold that all s. 7 protection is limited to cases in which one's life, liberty or security of the person is violated by positive state action. Quite the contrary, it implies that such protection will sometimes be engaged by mere state inaction.

le juge en chef Lamer a qualifié d'obligation positive l'obligation du gouvernement de fournir l'assistance d'un avocat. De par leur nature même, ces obligations sont susceptibles d'être violées par simple inaction de leur débiteur ou par le défaut de celui-ci d'accomplir les actes auxquels il est tenu.

Dans l'arrêt *Blencoe*, précité, la Cour s'est demandé si le délai — imputable à l'État — mis à donner suite à une plainte en matière de droits de la personne violait l'intégrité psychologique et, de ce fait, la sécurité personnelle de l'individu faisant l'objet de la plainte en lui faisant subir une stigmatisation prolongée et injustifiée. Au paragraphe 57, le juge Bastarache a déclaré que, pour que l'atteinte par l'État à l'intégrité psychologique d'une personne fasse entrer en jeu l'art. 7, « le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État » (soulignement supprimé). Ce passage peut sembler étayer l'idée qu'une mesure étatique concrète est nécessaire pour déclencher l'application de l'art. 7. Il existe toutefois de bonnes raisons permettant de conclure que ce n'est pas le cas. Par exemple, les demandes fondées sur l'art. 7 qui mettent en jeu l'intégrité psychologique des intéressés soulèvent des questions de causalité qui pourraient justifier qu'on exige la présence d'une mesure étatique dans de telles affaires, sans subordonner l'application de l'art. 7 à cette exigence dans tous les cas. En outre, bien que, à la lumière des faits propres à cette affaire, la Cour ait jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 7, elle a également reconnu qu'un délai imputable à l'État pouvait parfois entraîner une telle violation, même si « [c]e n'est que dans des cas exceptionnels » (*Blencoe*, précité, par. 83). Autrement dit, il a été jugé dans l'arrêt *Blencoe* qu'un délai imputable à l'État — en l'occurrence l'inertie (ou l'inaction) dans le traitement d'une plainte — n'était pas en soi incompatible avec l'existence d'une condition requérant, pour l'application de l'art. 7, que le préjudice reproché résulte de « mesures étatiques ». Par conséquent, la Cour n'a pas conclu, dans *Blencoe*, que la protection de l'art. 7 se limite aux atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont imputables à une mesure étatique concrète. Bien au contraire, il ressort implicitement de cet arrêt que la simple inaction de l'État pourra parfois faire jouer cette protection.

Nor does there appear to be any support for the opposite conclusion in other case law emanating from this Court. Far from it, by impliedly sanctioning state inaction as a sufficient ground for making a s. 7 claim in at least some circumstances, *Blencoe* and *G. (J.)* are entirely consistent with other Supreme Court case law on point, sparse as it is. Thus, in *Dunmore*, *supra*, at para. 22, this Court held that "exclusion from a protective regime may in some contexts amount to an affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom". *Dunmore* confirms that state inaction — the mere failure of the state to exercise its legislative choice in connection with the protected interests of some societal group, while exercising it in connection with those of others — may at times constitute "affirmative interference" with one's *Charter* rights. Thus in certain contexts, the state is under a positive duty to extend legislative protections where it fails to do so inclusively.

Of course, it may well be that in order for such positive obligations to arise the state must first do something that will bring it under a duty to perform. But even if this is so, it is important to recognize that the kind of state action required will not be action that is causally determinative of a right violation, but merely action that "triggers", or gives rise to, a positive obligation on the part of the state. Depending on the context, we might even expect to see altogether different kinds of state action giving rise to a positive obligation under s. 7. In the judicial context, it will be natural to find such a state action in the initiation by the state of judicial proceedings. In the legislative context, however, it may be more appropriate, following cases like *Vriend* and *Dunmore*, to search for it in the state's decision to exercise its legislative choice in a non-inclusive manner that significantly affects a person's enjoyment of a *Charter* right. In other words, in certain contexts the state's choice to legislate over some matter may constitute state action giving rise to a positive obligation under s. 7.

Il ne semble pas non plus qu'on puisse trouver d'appui en faveur de la conclusion inverse dans d'autres arrêts de la Cour. Bien au contraire, en reconnaissant implicitement que, à tout le moins dans certaines situations, l'inaction de l'État suffisait à justifier une demande fondée sur l'art. 7, les arrêts *Blencoe* et *G. (J.)* sont tout à fait compatibles avec les autres arrêts pertinents de la Cour, si peu nombreux soient-ils. Ainsi, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 22, la Cour a statué que « l'exclusion d'un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie ». L'arrêt *Dunmore* confirme que l'inaction de l'État — le simple fait pour l'État de ne pas légiférer à l'égard des droits protégés d'un groupe donné de la société, tout en le faisant à l'égard des droits d'autres groupes — peut parfois constituer une « entrave manifeste » à l'exercice par une personne des droits qui lui sont garantis par la *Charte*. En conséquence, dans certains contextes, l'État a l'obligation positive d'agir et d'étendre la protection de la loi à ceux auxquels il ne l'a pas accordée initialement. 327

Évidemment, il est fort possible que, pour que naissent de telles obligations positives, l'État doive d'abord accomplir quelque chose qui entraînera pour lui l'obligation d'agir. Mais même si c'est le cas, il importe de reconnaître qu'on n'exigera pas que la mesure étatique soit de nature à constituer une cause déterminante de la violation d'un droit, mais simplement qu'il s'agisse d'une mesure qui « crée » ou fasse naître une obligation d'agir de la part de l'État. Selon le contexte, on pourrait même s'attendre à ce que, pour l'application de l'art. 7, des mesures étatiques de types tout à fait différents fassent naître une obligation positive. En contexte judiciaire, il va de soi que l'introduction de procédures judiciaires par l'État constitue une mesure étatique. En contexte législatif toutefois, dans la foulée d'arrêts comme *Vriend* et *Dunmore*, il convient peut-être de rechercher cette mesure dans la décision de l'État de légiférer d'une manière non-inclusive, portant ainsi atteinte de façon importante à la jouissance par une personne d'un droit garanti par la *Charte*. En d'autres mots, la décision de l'État de légiférer sur une question peut, dans certaines situations, constituer une mesure étatique faisant naître, pour l'application de l'art. 7, une obligation positive. 328

329 The finding that s. 7 may impose positive obligations on the state brings us directly to a frequently expressed objection in the context of claims like the ones at issue in the present case that courts cannot enforce positive rights of an individual to the basic means of basic subsistence. The suggestion is that they cannot do so without being drawn outside their proper judicial role and into the realm of deciding complex matters of social policy better left to legislatures. I turn now to this concern.

D. *Justiciability*

330 I found the obstacles to positive claims considered in the last sections to be unfounded under a correct interpretation of the *Charter*. In contrast, the concern I discuss now may present a barrier to some claimants under particular circumstances. However, it does not do so in the present case for reasons I explain below. The ostensible difficulty that confronts the appellant here is the general assertion that positive claims against the state for the provision of certain needs are not justiciable because deciding upon such claims would require courts to dictate to the state how it should allocate scarce resources, a role for which they are not institutionally competent. Professor Hogg, *supra*, puts the point as follows (at p. 44-12.1):

> [This] involves a massive expansion of judicial review, since it would bring under judicial scrutiny all of the elements of the modern welfare state . . . . As Oliver Wendell Holmes would have pointed out, these are the issues upon which elections are won and lost . . . .

331 While the claim asserted here hardly in itself has the potential to bring "all of the elements of the modern welfare state" under judicial scrutiny, the concern raised by this justiciability argument is a valid one. Questions of resource allocation typically involve delicate matters of policy. Legislatures

La conclusion selon laquelle l'art. 7 peut avoir pour effet d'imposer à l'État des obligations positives nous amène directement à l'objection qui est souvent formulée dans les actions du genre de celles dont nous sommes saisis et qui veut que les tribunaux ne puissent contraindre le respect des droits positifs d'une personne aux moyens de subsistance élémentaires. Cette objection suppose que les tribunaux sont incapables de s'acquitter de cette tâche sans s'écarter des fonctions judiciaires qui leur incombent et s'aventurer dans le domaine complexe de la politique sociale, qu'il est préférable de laisser au législateur. Je vais maintenant examiner cet argument.

D. *La justiciabilité*

J'ai conclu, dans les sections précédentes des présents motifs, qu'une lecture appropriée de la *Charte* permettait d'éliminer les obstacles aux actions sollicitant l'intervention de l'État qui ont été examinés. Par contre, l'argument que j'aborde maintenant peut, dans certaines circonstances, être opposé avec succès à certains demandeurs. Toutefois, pour les raisons exposées ci-après, ce n'est pas le cas en l'espèce. La difficulté évidente à laquelle se heurte l'appelante dans la présente affaire est l'argument selon lequel les actions demandant à l'État d'intervenir concrètement afin de pourvoir à certains besoins ne sont pas justiciables au motif que, pour statuer sur ces actions, les tribunaux devraient dicter à l'État comment répartir des ressources limitées, rôle pour lequel ils ne sont pas institutionnellement compétents. Voici comment le professeur Hogg, *op. cit.*, s'exprime à ce sujet (à la p. 44-12.1) :

> [TRADUCTION] [Ce rôle] élargirait considérablement la portée du contrôle judiciaire, puisque l'on assujettirait tous les aspects de l'État providence moderne au pouvoir de contrôle des tribunaux. [. . .] Comme l'aurait souligné Oliver Wendell Holmes, il s'agit là des questions sur lesquelles reposent l'issue des élections . . .

Bien que le droit invoqué en l'espèce risque peu d'amener les tribunaux à se pencher sur « tous les aspects de l'État providence moderne », l'argument de la justiciabilité soulève une préoccupation valable. La répartition des ressources fait habituellement intervenir de délicates questions de politique

are better suited than courts to addressing such matters, given that they have the express mandate of the taxpayers as well as the benefits of extensive debate and consultation.

It does not follow, however, that courts are precluded from entertaining a claim such as the present one. While it may be true that courts are ill-equipped to decide policy matters concerning resource allocation — questions of how much the state should spend, and in what manner — this does not support the conclusion that justiciability is a threshold issue barring the consideration of the substantive claim in this case. As indicated above, this case raises altogether a different question: namely, whether the state is under a positive obligation to provide basic means of subsistence to those who cannot provide for themselves. In contrast to the sorts of policy matters expressed in the justiciability concern, this is a question about what kinds of claims individuals can assert against the state. The role of courts as interpreters of the *Charter* and guardians of its fundamental freedoms against legislative or administrative infringements by the state requires them to adjudicate such rights-based claims. One can in principle answer the question of whether a *Charter* right exists — in this case, to a level of welfare sufficient to meet one's basic needs — without addressing how much expenditure by the state is necessary in order to secure that right. It is only the latter question that is, properly speaking, non-justiciable.

Of course, in practice it will often be the case that merely knowing whether the right exists is of little assistance to the claimant. For, unless we also know what is required, or how much expenditure is needed, in order to safeguard the right, it will usually be difficult to know whether the right has been violated. This difficulty does not arise in the present

générale. Les législateurs sont mieux placés que les tribunaux pour résoudre ces questions, puisque les électeurs leur ont expressément confié le mandat de le faire et qu'ils ont l'avantage de pouvoir en débattre longuement et de procéder à de longues consultations à cet égard.

Toutefois, il ne s'ensuit pas que les tribunaux 332
sont préclus de connaître d'une action comme celle dont nous sommes saisis. Bien qu'il puisse être vrai que les tribunaux ne sont pas équipés pour trancher des questions de politique générale touchant à la répartition des ressources — c'est-à-dire la question de savoir combien l'État devrait dépenser et comment il devrait le faire — ce facteur ne permet pas de conclure que la justiciabilité constitue une condition préalable faisant échec à l'examen au fond du présent litige. Comme on l'a indiqué plus tôt, le présent pourvoi soulève une question tout à fait différente, celle de savoir si l'État a l'obligation positive d'intervenir pour fournir des moyens élémentaires de subsistance aux personnes incapables de subvenir à leurs besoins. Contrairement au genre de questions de politique générale que soulève le problème de la justiciabilité, nous sommes en présence de la question de savoir quels types de droits les particuliers peuvent invoquer contre l'État. Dans leur rôle d'interprètes de la *Charte* et de protecteurs des libertés fondamentales contre les atteintes de nature législative ou administrative susceptibles de leur être portées par l'État, les tribunaux sont requis de statuer sur les revendications en justice de tels droits. Il est possible, en principe, de répondre à la question de savoir si la *Charte* reconnaît un droit donné — en l'occurrence le droit pour une personne de recevoir un niveau d'aide suffisant pour lui permettre de subvenir à ses besoins essentiels — sans se demander combien l'État devrait débourser pour garantir ce droit. Seule cette dernière question est, à proprement parler, non justiciable.

Certes, il arrive souvent en pratique que le simple 333
fait de savoir si le droit en question existe ou non ne soit d'aucune utilité au demandeur. En effet, à moins de connaître également les mesures ou les dépenses qui sont requises pour garantir le respect du droit en question, il sera normalement difficile de déterminer si celui-ci a été violé. Cette difficulté ne se pose pas

case. Once a right to a level of welfare sufficient to meet one's basic needs is established, there is no question on the facts of this case that the right has been violated. This Court need not enter into the arena of determining what would satisfy such a "basic" level of welfare because that determination has already been made by the legislature, which is itself the competent authority to make it.

334 Indeed, the very welfare scheme that is challenged here includes provisions that set out the basic amount. Section 23 of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, provides that the amount receivable is established according to the "ordinary needs" ("*besoins ordinaires*") of the recipients. The bare minimum a single adult aged 30 or over can receive is $466. This is the amount that was deemed by the legislature itself to be sufficient to meet the "ordinary needs" of a single adult. The present case comes before us on the basis that the government failed to provide a level of assistance that, according to its own standards, was necessary to meet the ordinary needs of adults aged 18 to 29. The only outstanding questions are whether this is in fact established and, if so, whether the claimants had a right to the provision of their ordinary needs.

335 Thus any concern over the justiciability of positive claims against the state has little bearing on this case. At any rate, these issues, to some extent, obscure the real question. At this stage we are less concerned with what, if anything, the state must do in order to bring itself under a positive obligation than with whether s. 7 can support such positive obligations to begin with. I have already indicated several reasons for thinking that it can. I now want to supplement these reasons by means of an interpretive analysis of s. 7. As it turns out, any acceptable approach to *Charter* interpretation — be it textual, contextual, or purposive — quickly makes apparent that interpreting the rights contained in s. 7 as including a positive component is not only possible, but also necessary.

en l'espèce. Une fois établie l'existence du droit de l'individu à un niveau d'aide suffisant pour lui permettre de subvenir à ses besoins essentiels, les faits de la présente affaire démontrent clairement qu'il y a eu atteinte à ce droit. La Cour n'a pas à répondre à la question de savoir quel serait le niveau « minimum » d'aide sociale, puisque le législateur, qui est l'autorité compétente en la matière, a déjà fait cette détermination.

En effet, le régime d'aide sociale contesté en l'espèce comporte des dispositions fixant la prestation de base. L'article 23 du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, précise que la somme à laquelle a droit un bénéficiaire est établie en fonction de ses « besoins ordinaires » (« *ordinary needs* »). Le minimum que reçoit un adulte seul de 30 ans et plus s'élève à 466 $: voilà la somme que le législateur lui-même a jugée suffisante pour répondre aux « besoins ordinaires » d'un adulte seul. Dans la présente affaire, on reproche au gouvernement de ne pas avoir fourni le niveau d'aide qui, au regard des normes qu'il avait lui-même fixées, était nécessaire pour satisfaire aux besoins ordinaires des adultes âgés de 18 à 29 ans. Les seules questions qu'il reste à trancher consistent à déterminer si ce fait a été établi et, dans l'affirmative, si les demandeurs avaient droit à ce qu'on pourvoit à leurs besoins ordinaires.

Par conséquent, toute question touchant à la justiciabilité des actions sollicitant l'intervention de l'État a peu d'incidence en l'espèce. Quoi qu'il en soit, ces discussions occultent dans une certaine mesure la véritable question. À ce stade-ci, nous nous intéressons moins à ce que l'État doit faire — à supposer qu'il doive faire quelque chose — pour être assujetti à une obligation positive qu'à la question préliminaire de savoir si l'art. 7 peut même servir de fondement à de telles obligations. J'ai déjà fait état de plusieurs raisons tendant à indiquer qu'il le peut. J'aimerais maintenant les compléter en procédant à une analyse interprétative de l'art. 7. Comme on pourra le constater, toute démarche acceptable en matière d'interprétation de la *Charte* — qu'elle soit textuelle, contextuelle ou téléologique — fait vite ressortir qu'il est non seulement possible, mais également nécessaire, de conclure que les droits visés à l'art. 7 comportent une dimension positive.

II. Analysis of Section 7 of the *Charter*

A. *Textual Interpretation: The Language of Section 7*

My colleague Bastarache J. rightly notes that "[w]ithout some link to the language of the *Charter*, the legitimacy of the entire process of *Charter* adjudication is brought into question" (para. 214). With this in mind, I set out s. 7 in its entirety:

> **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. [Emphasis added.]

I have drawn attention to the conjunction in s. 7 for two reasons: first, it constitutes an integral part of the grammatical structure of the section; and second, up until now, it has not been the subject of much judicial attention.

This is surprising. The two parts of the section could as easily have been punctuated to form more or less separate sentences. Indeed the French version of s. 7 is so punctuated. It reads as follows:

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

My reasons for emphasizing this grammatical point are straightforward. Past judicial treatments of the section have habitually read out of the English version of s. 7 the conjunction and, with it, the entire first clause. The result is that we typically speak about s. 7 guaranteeing only the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. On its face, this is a questionable construction of the language of s. 7: for it equates the protection of the second clause alone with the protection of the section as a whole. We no doubt would be less likely to make this equation had the two clauses been punctuated rather than conjoined. As it turns out, moreover, our failure to have due regard for the structure of the section has potentially

II. Analyse de l'art. 7 de la *Charte*

A. *L'interprétation textuelle : le libellé de l'art. 7*

Mon collègue le juge Bastarache souligne à juste titre que, « [e]n l'absence de quelque lien que ce soit avec le texte même de la *Charte*, la légitimité de tout le processus juridictionnel relatif à la *Charte* est remise en question » (par. 214). À la lumière de cette observation, je reproduis ci-après intégralement le texte anglais de l'art. 7 : 336

> **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. [Je souligne.]

J'attire l'attention du lecteur sur la conjonction « *and* » dans l'art. 7 pour deux raisons : premièrement, elle fait partie intégrante de la structure grammaticale de la disposition; deuxièmement, elle a jusqu'à maintenant peu retenu l'attention des tribunaux.

Ce fait est étonnant. On aurait aisément pu séparer les deux parties de la phrase par un signe de ponctuation et en faire deux phrases plus ou moins indépendantes. De fait, c'est ainsi que se présente la version française, dont voici le texte : 337

> **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.

Les raisons pour lesquelles j'insiste sur cet aspect grammatical sont simples. Dans la jurisprudence relative à cette disposition, on a généralement fait abstraction de la conjonction « *and* » figurant dans la version anglaise de l'art. 7 et, partant, de toute la première partie de la disposition. Voilà pourquoi on considère habituellement que l'art. 7 garantit uniquement le droit qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il s'agit à première vue d'une interprétation discutable du texte de l'art. 7, car elle considère que la protection accordée par le deuxième membre de phrase et celle accordée par la disposition dans son ensemble ne font qu'une. De toute évidence, nous aurions vraisemblablement été moins enclins à faire

dramatic consequences for the scope of the s. 7 guarantee. This was implicitly recognized by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicles Act*, *supra*, at p. 500:

> It is clear that s. 7 surely protects the right not to be deprived of one's life, liberty and security of the person when that is done in breach of the principles of fundamental justice. The outcome of this case is dependent upon the meaning to be given to that portion of the section which states "and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". On the facts of this case it is not necessary to decide whether the section gives any greater protection, such as deciding whether, absent a breach of the principles of fundamental justice, there still can be, given the way the section is structured, a violation of one's rights to life, liberty and security of the person under s. 7. [Emphasis added.]

The quoted passage indicates that, from the earliest stages of s. 7 interpretation, this Court has considered it a very live issue whether the first clause in s. 7 involves some greater protection than that accorded by the second clause alone.

338 It is in fact arguable, as Professor Hogg, *supra*, points out (at p. 44-3), "that s. 7 confers two rights": a right, set out in the section's first clause, to "life, liberty and security of the person" full stop (more or less); and a right, set out in the section's second clause, not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J. explicitly considered this interpretation of s. 7 in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 488. Although in that case she expressed misgivings regarding the feasibility of the interpretation, she ultimately left its status undecided. In fact, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 523, which was heard later in the same year, she may have overcome her earlier misgivings and impliedly accepted the two-rights interpretation by stating that a

cette équation si, dans la version anglaise, les deux membres de phrases avaient été séparés par un signe de ponctuation plutôt que par une conjonction. De plus, il s'avère que notre omission de tenir dûment compte de la structure de la disposition pourrait entraîner d'importantes conséquences du point de vue de l'étendue de la garantie offerte par l'art. 7. Le juge Lamer a implicitement reconnu cette possibilité dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 500 :

> Il ne fait pas de doute que l'art. 7 garantit le droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne lorsque cela est fait contrairement aux principes de justice fondamentale. L'issue de la présente affaire dépend du sens à donner à la partie de l'article où on dit : « il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». D'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'article accorde une plus grande protection, notamment si, en l'absence d'une violation des principes de justice fondamentale, il peut quand même y avoir, compte tenu de la formulation de l'article, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que garantit l'art. 7. [Je souligne.]

Il ressort de cet extrait que, depuis ses toutes premières décisions sur l'interprétation de l'art. 7, la Cour a considéré que la question de savoir si la première partie de l'art. 7 accorde une protection plus large que celle prévue par la seule deuxième partie de cette disposition est loin d'être théorique.

Comme le souligne le professeur Hogg, *op. cit.*, il est possible de soutenir [TRADUCTION] « que l'art. 7 confère deux droits » (p. 44-3) : le droit, énoncé dans la première partie de la disposition, « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », point à la ligne (plus ou moins), ainsi que le droit, énoncé dans la deuxième partie de la disposition, à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Madame le juge Wilson s'est expressément penchée sur cette interprétation dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 488. Bien que, dans cette affaire, elle ait exprimé des réserves quant à la possibilité d'une telle interprétation, madame le juge Wilson n'a pas tranché la question en définitive. En fait, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de*

deprivation of life, liberty or security of the person would require s. 1 justification even if the principles of fundamental justice were satisfied. Her statement in this regard is consistent with the notion that the first clause in s. 7 affords additional protection, over and above that afforded in the second clause, with the result that mere compliance with the principles of fundamental justice does not in itself guarantee that the rights to life, liberty and security of the person will not be violated.

la C.-B., précité, p. 523, pourvoi entendu plus tard au cours de la même année que l'affaire susmentionnée, madame le juge Wilson a peut-être surmonté les réserves qu'elle avait exprimées plus tôt dans l'année et implicitement accepté l'interprétation prônant l'existence d'un double droit lorsqu'elle a affirmé que, même en cas de respect des principes de justice fondamentale, une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne devra être justifiée au regard de l'article premier. Son affirmation sur ce point est compatible avec l'idée que la première partie de l'art. 7 offre une protection additionnelle, en sus de celle prévue à la deuxième partie, et qu'en conséquence le simple respect des principes de justice fondamentale n'est pas garant en soi de l'absence d'atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne.

The two-rights interpretation of s. 7 has fallen into relative obscurity since these latest references to it by Lamer and Wilson JJ. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. To some extent, this was to be expected. As indicated above, this Court has most often had occasion to visit issues of s. 7 interpretation in criminal, or quasi-criminal, contexts. In those contexts, there is little need to concern ourselves with any potentially self-standing right in the first clause of s. 7. Since what we are concerned with in such penal cases is the constitutional validity of positive state action that actively deprives individuals of their liberty, it is not surprising that the s. 7 analysis would focus only upon the second clause, which deals with those types of deprivation. *Re B.C. Motor Vehicles Act* was a case in point. Unlike Lamer J. in that case, however, we have not always been careful in such cases to delineate the scope of our s. 7 discussion. This has led to a general impression that s. 7 is reduced to the right contained in the second clause.

339 L'interprétation prônant l'existence d'un double droit garanti par l'art. 7 est restée dans une obscurité relative depuis que les juges Lamer et Wilson en ont fait état dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Cette situation était dans une certaine mesure prévisible. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la Cour est plus souvent qu'autrement appelée à interpréter l'art. 7 en contexte criminel ou quasi-criminel. Dans ces cas, il y a peu de raisons de s'interroger sur l'existence potentielle d'un droit distinct dans la première partie de l'art. 7. En effet, étant donné que, dans ces affaires pénales, nous nous intéressons à la validité constitutionnelle d'une mesure étatique positive ayant pour effet de priver concrètement une personne de sa liberté, il n'est pas étonnant que l'analyse fondée sur l'art. 7 ne s'attache qu'à la deuxième partie de la disposition, qui vise précisément ces types de privations. Le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, illustre bien ce point. Cependant, contrairement à ce qu'a fait le juge Lamer dans cet arrêt, nous n'avons pas toujours pris soin, dans de telles affaires, de bien circonscrire la portée de notre analyse fondée sur l'art. 7, et c'est ce qui a fait naître l'impression que l'art. 7 se résume au droit prévu à la deuxième partie de la disposition.

As I have already suggested, this is not a plausible construction of the text of s. 7. Only by ignoring the structure of s. 7 — by effectively reading out

340 Comme je l'ai indiqué précédemment, il ne s'agit pas d'une interprétation plausible du texte de l'art. 7. Ce n'est qu'en faisant abstraction de la

the conjunction and, with it, the first clause — is it possible to conclude that it protects exclusively "the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice". There may be some question as to how far, precisely, the protection of s. 7 extends beyond this, but that the section's first clause affords some additional protection seems, as a purely textual matter, beyond reasonable objection.

341 The instant appeal requires us to consider, perhaps for the first time, what this additional protection might consist of. Without wanting to limit the possibilities at this early stage of interpreting the first clause, there are at least two alternatives that present themselves. The first was alluded to by both Lamer and Wilson JJ. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In essence, it entails reading the first clause as providing for a completely independent and self-standing right, one which can be violated even absent a breach of fundamental justice, but requiring a s. 1 justification in the event of such violation. This interpretation gets its starting point from the fact that the first clause of s. 7 makes no mention of the principles of fundamental justice. It follows, the thinking goes, that the right to life, liberty and security of the person provided for in the first clause can be violated even where the state conducts itself in accordance with the principles of fundamental justice. And since the justificatory analysis under s. 1 was, at an early stage of *Charter* jurisprudence, given a very limited role in the context of s. 7 violations primarily because it was thought that the violation of a right in breach of fundamental justice could almost never be justified, this interpretation restores to s. 1 a more active role to play in the context of at least some s. 7 violations.

structure de l'art. 7 — c'est-à-dire en le réaménageant par la suppression de la conjonction « *and* » dans la version anglaise de la disposition et, partant, de la première partie de la disposition — qu'il est possible de conclure que cet article protège exclusivement « *the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice* » (« le droit de n'être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »). Il est permis de se demander jusqu'où, précisément, s'étend la protection de l'art. 7, mais il semble qu'on ne puisse raisonnablement nier que, d'un point de vue purement textuel, la première partie de la disposition offre une protection additionnelle.

Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés, peut-être pour la première fois, à nous demander en quoi pourrait consister cette protection additionnelle. Sans vouloir limiter les possibilités si tôt dans l'interprétation de la première partie de la disposition, signalons qu'il existe au moins deux possibilités. Les juges Lamer et Wilson ont évoqué la première dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Essentiellement, suivant cette interprétation, la première partie établirait un droit entièrement distinct et autonome, auquel il peut avoir été porté atteinte même en l'absence de violation des principes de justice fondamentale, sous réserve qu'en pareils cas il faut justifier cette atteinte au regard de l'article premier. À la base, cette interprétation repose sur le fait que la première partie de l'art. 7 ne renferme aucune mention des principes de justice fondamentale. Il s'ensuivrait qu'il peut y avoir atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne consacré dans la première partie, même lorsque l'État agit en conformité avec les principes de justice fondamentale. De plus, étant donné que, dans les premiers arrêts sur la *Charte*, l'analyse de la justification au regard de l'article premier ne jouait qu'un rôle très limité dans les affaires reprochant des violations de l'art. 7 — principalement parce qu'on estimait qu'une atteinte à un droit résultant d'une violation des principes de justice fondamentale ne pouvait presque jamais se justifier —, cette interprétation reconnaît à l'article premier un rôle plus grand dans le contexte d'au moins certaines violations de l'art. 7.

Another possible interpretation of what the additional protection afforded by the first clause of s. 7 consists of focuses less on the omission of any reference to the principles of fundamental justice, and more on its failure to make any mention of the term "deprivation". There is indeed something plausible in the idea that, by omitting such language, the first clause extends the right to life, liberty and security of the person beyond protection against the kinds of state action that have habitually been associated with the term "deprivation". Essentially, this interpretation would suggest that by omitting the term "deprivation" in the first clause, the section implies that it is at most in connection with the right afforded in the second clause, if at all (see *supra*, at para. 321), that there must be positive state action in order to ground a violation; the right granted in the first clause would be violable merely by state inaction.

342 Une autre interprétation possible de la protection additionnelle conférée par la première partie de l'art. 7 consiste à s'attacher moins à l'absence de mention des principes de justice fondamentale et plutôt à l'absence du terme « *deprivation* » en anglais. Il est en effet plausible que, du fait de l'absence de ce terme, la première partie de la disposition élargisse le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne au-delà de la protection contre les mesures étatiques habituellement associées à ce terme. Essentiellement, cette interprétation suggère que, en raison de l'absence du terme « *deprivation* » dans la première partie de la disposition, il s'ensuivrait que c'est tout au plus à l'égard du droit garanti dans la deuxième partie, à supposer que ce soit même le cas (voir le par. 321), qu'il faut établir l'existence d'une mesure étatique positive pour fonder une plainte de violation de ce droit; le droit garanti dans la première partie de la disposition serait susceptible de violation par simple inaction de l'État.

I need not decide here which of these two interpretations, if any, is to be preferred. Indeed, they do not appear to be mutually exclusive. For the purposes of the present appeal, it suffices to raise the following two points: first, either interpretation is preferable to the way s. 7 has habitually been interpreted to this point in time, not only textually but also, as I will now demonstrate, from the standpoints of contextual and purposive analysis; and second, either interpretation accommodates — indeed demands — recognition of the sort of interest claimed by the appellant in this case.

343 Je n'ai pas à décider en l'espèce si l'une ou l'autre de ces interprétations doit être retenue. D'ailleurs, elles ne paraissent pas s'exclure mutuellement. Pour l'examen du présent pourvoi, il suffit de mentionner les deux points suivants : premièrement, chacune de ces interprétations est préférable à la façon dont l'art. 7 a été interprété jusqu'à maintenant, non seulement d'un point de vue textuel, mais aussi, comme je vais le démontrer, du point de vue de l'analyse contextuelle et téléologique; deuxièmement, ces deux interprétations permettent — de fait exigent — la reconnaissance du type de droit que revendique l'appelante en l'espèce.

B. *Purposive Analysis*

The proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* is, as I have mentioned (at para. 316), a purposive one. In *Big M Drug Mart*, *supra*, Dickson J. stated at p. 344:

> The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.

B. *L'analyse téléologique*

344 Comme je l'ai évoqué plus tôt (au par. 316), la démarche qu'il convient d'adopter pour définir les droits et libertés garantis par la *Charte* est l'analyse téléologique. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a dit ceci, à la p. 344 :

> Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

. . . The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. [Emphasis deleted.]

. . . Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Soulignement supprimé.]

An interpretation of s. 7 which reduces it to the right contained in the second clause — the "deprivation" clause — is seriously at odds with any purposive interpretation of the right to life guaranteed by the section. Indeed, if that interpretation were to be accepted, it would effectively denude the right to life of any purpose whatsoever, rendering it essentially vacuous.

Considérer que l'art. 7 se résume au droit prévu à la deuxième partie de la disposition — la clause relative à l'« atteinte » — va sérieusement à l'encontre de toute interprétation téléologique du droit à la vie garanti par cet article. De fait, si l'on retenait cette interprétation, on priverait ainsi le droit à la vie de tout objet utile, le rendant essentiellement vide de sens.

345 Professor Hogg, *supra*, implies as much when he argues that "[s]o far as 'life' is concerned, the section has little work to do" (p. 44-6). This is only true, however, if we understand the s. 7 guarantee as it has been habitually understood. For in that case, the protection of the section would extend only to "deprivations" of life that were not in accordance with the principles of fundamental justice. And since "principles of fundamental justice" has so far been interpreted to invoke the basic tenets of the "legal system", narrowly defined to include only courts and tribunals that perform court-like functions, the purpose of guaranteeing the right to life would seem limited on this interpretation to guarding against capital punishment, which is the only obvious way in which the "legal system", so defined, could potentially trench on a person's right to life. But, as Professor Hogg points out, such a purpose might just as well be served by s. 12 of the *Charter*, which protects individuals against cruel and unusual punishment. In effect, then, on this interpretation the s. 7 guarantee of the right to life would be purposeless, and the right itself emptied of any meaningful content.

C'est ce que laisse implicitement entendre le professeur Hogg, *op. cit.*, lorsqu'il affirme que, [TRADUCTION] « [e]n ce qui concerne la "vie", la disposition a un rôle très limité » (p. 44-6). Ce n'est toutefois vrai que si on interprète la garantie de l'art. 7 au sens où on l'entend habituellement, puisque, dans un tel cas, la protection conférée par cette disposition ne viserait que les « atteintes » à la vie qui ne seraient pas conformes aux principes de justice fondamentale. De plus, comme on a jusqu'à maintenant considéré, dans l'interprétation des « principes de justice fondamentale », que ceux-ci mettaient en jeu les préceptes fondamentaux du « système juridique », qui a été défini restrictivement et ne s'entend que des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs qui exercent des fonctions à caractère judiciaire, il semblerait, suivant cette interprétation, que le droit à la vie se limite à la protection contre la peine de mort, seul moyen évident par lequel le « système juridique », ainsi défini, pourrait porter atteinte au droit à la vie d'une personne. Cependant, comme le souligne le professeur Hogg, l'art. 12 de la *Charte* — qui protège une personne contre les peines cruelles et inusitées — pourrait tout aussi bien permettre de réaliser cet objectif. Par conséquent, selon cette interprétation, la garantie relative au droit à la vie prévue par l'art. 7 serait dans les faits sans objet et le droit lui-même vidé de tout contenu utile.

346 One should not readily accept that the right to life in s. 7 means virtually nothing. To begin with, this result violates basic standards of interpretation by suggesting that the *Charter* speaks essentially

On ne devrait pas accepter d'emblée que le droit à la vie prévu à l'art. 7 soit virtuellement vide de sens. Tout d'abord, une telle conclusion est contraire aux principes d'interprétation les plus

in vain in respect of this fundamental right. More importantly, however, it threatens to undermine the coherence and purpose of the *Charter* as a whole. After all, the right to life is a prerequisite — a *sine qua non* — for the very possibility of enjoying all the other rights guaranteed by the *Charter*. To say this is not to set up a hierarchy of *Charter* rights. No doubt a meaningful right to life is reciprocally conditioned by these other rights: they guarantee that human life has dignity, worth and meaning. Nevertheless, the centrality of the right to life to the *Charter* as a whole is obvious. Indeed, it would be anomalous if, while guaranteeing a complex of rights and freedoms deemed to be necessary to human fulfilment within society, the *Charter* had nothing of significance to say about the one right that is indispensable for the enjoyment of all of these others.

Thus, in my view, any interpretation of the *Charter* that leaves the right to life such a small role to play is one that threatens to impugn the coherence of the whole *Charter*. Far from being a poor relation of other *Charter* rights — one which deserves protection merely as a negative right, while certain other *Charter* rights are granted recognition as full-blown positive rights — the right to life is, in a very real sense, their essential progenitor. So much so that to deny any real significance to the *Charter* guarantee of the right to life would be to undercut the significance of every other *Charter* guarantee.

A purposive interpretation of s. 7 as a whole requires that all the rights embodied in it be given meaning. But by leaving no meaningful role to be played by the right to life, the habitual interpretation of s. 7 threatens not only the coherence, but also the purpose of the *Charter* as a whole. In order to avoid this result, we must recognize that the state can potentially infringe the right to life, liberty and security of the person in ways that go beyond violating the right contained in the second clause of s. 7. Whether one chooses to characterize matters by stating: (a) that it is not merely active "deprivations"

élémentaires, car elle laisse entendre que la disposition de la *Charte* sur ce droit fondamental est rédigée en termes essentiellement creux. Facteur plus important encore, cette interprétation risque de miner la cohérence et l'objet de la *Charte* dans son ensemble. Après tout, le droit à la vie constitue une condition préalable — *sine qua non* — à la possibilité même de jouir de tous les autres droits garantis par la *Charte*. Cela ne revient pas à hiérarchiser les droits garantis par la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu'un véritable droit à la vie est réciproquement tributaire de ces autres droits, qui garantissent à la vie humaine, dignité, valeur et sens. Néanmoins, le caractère central du droit à la vie dans la *Charte* est évident. D'ailleurs, il serait anormal que la *Charte* garantisse un ensemble de droits et libertés jugés nécessaires à l'épanouissement de l'être humain au sein de la société sans exprimer quoi que ce soit d'important sur le droit indispensable à la jouissance de tous les autres.

347 Par conséquent, j'estime que toute interprétation de la *Charte* qui aurait pour effet de limiter à ce point le rôle du droit à la vie risque de miner la cohérence de l'ensemble de la *Charte*. Loin d'être le parent pauvre des autres droits de la *Charte* — c'est-à-dire un droit qui ne mérite une protection qu'à titre de droit négatif, alors que d'autres droits prévus par la *Charte* sont reconnus comme des droits positifs à part entière — le droit à la vie est, dans un sens très réel, la source de ces droits, tant et si bien que refuser d'accorder toute importance concrète au droit à la vie garanti par la *Charte* aurait pour effet d'amoindrir l'importance de chacune des autres garanties de la *Charte*.

348 L'interprétation téléologique de l'ensemble de l'art. 7 requiert que l'on donne un sens à tous les droits qui y sont consacrés. Toutefois, en n'attribuant aucun rôle concret au droit à la vie, l'interprétation habituellement donnée à l'art. 7 menace non seulement la cohérence de la *Charte* dans son ensemble, mais également son objet. Pour éviter ce résultat, il nous faut reconnaître qu'il peut arriver que l'État porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne autrement qu'en violant le droit prévu à la deuxième partie de l'art. 7. Qu'on exprime cette opinion en disant

of life, liberty and security of the person (as opposed to the mere withholdings) that s. 7 is concerned with; or (b) that s. 7 can be violated even absent a breach of the "principles of fundamental justice"; the basic point is that s. 7 must be interpreted as protecting something more than merely negative rights. Otherwise, the s. 7 right to life will be reduced to the function of guarding against capital punishment — a possibly redundant function in light of s. 12 — with all of the intolerable conceptual difficulties attendant upon such an interpretation.

(a) que l'art. 7 ne vise pas de simples « atteintes » actives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (par opposition à de simples négations de ces droits) ou (b) qu'il peut y avoir violation de l'art. 7 même en l'absence d'un manquement aux « principes de justice fondamentale », cette interprétation revient essentiellement à considérer que l'art. 7 protège davantage que de simples droits négatifs. Dans le cas contraire, le rôle du droit à la vie garanti par l'art. 7 se résumerait à la protection contre la peine de mort — faisant ainsi potentiellement double emploi avec l'art. 12 —, avec toutes les difficultés conceptuelles intolérables qui découlent d'une telle interprétation.

C. *Contextual Analysis*

C. *L'analyse contextuelle*

349 Quite apart from its specific relation to the right to life guaranteed in s. 7, the structure and purpose of the *Charter* also provide relevant context for the interpretation of *Charter* rights more generally. This idea was implicit in this Court's dicta regarding constitutional interpretation in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 50:

Indépendamment du lien précis qu'ils ont avec le droit à la vie prévu à l'art. 7, la structure et l'objet de la *Charte* établissent également un contexte pertinent aux fins d'interprétation, de façon plus générale, des droits garantis par la *Charte*. Cette idée ressort implicitement des remarques suivantes, formulées par la Cour en matière d'interprétation constitutionnelle dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 50 :

> Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a "basic constitutional structure". The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole.
>
> What holds for "the Constitution as a whole" also holds for its constituent parts, including the *Charter*. Individual elements in the *Charter* are linked to one another, and must be understood by reference to the structure of the *Charter* as a whole. Support for this interpretive approach can be located in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344: "the purpose of [any] right or freedom . . . is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself".

> Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une « structure constitutionnelle fondamentale ». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure.
>
> Ce qui vaut pour l'ensemble de la Constitution vaut également pour ses éléments constitutifs, y compris la *Charte*. Chaque élément individuel de la *Charte* est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Le passage suivant de l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, p. 344, appuie cette méthode d'interprétation : « l'objet du droit ou de la liberté [. . .] doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même ».

350 Clearly, positive rights are not at odds with the purpose of the *Charter*. Indeed, the *Charter* compels the state to act positively to ensure the protection of a significant number of rights, including, as

Il est clair que les droits positifs ne sont pas incompatibles avec l'objet de la *Charte*. De fait, celle-ci impose à l'État l'obligation d'agir concrètement en vue d'assurer la protection d'un nombre

I mentioned earlier (at para. 320), the protection of the right to vote (s. 3), the right to an interpreter in penal proceedings (s. 14), and the right of minority English- or French-speaking Canadians to have their children educated in their first language (s. 23). Positive rights are not an exception to the usual application of the *Charter*, but an inherent part of its structure. The *Charter* as a whole can be said to have a positive purpose in that at least some of its constituent parts do.

Also instructive is s. 1. The great conceptual challenge faced by courts under s. 1 is to identify limitations to individual rights or freedoms that properly respect those rights or freedoms, without subverting them to majoritarian interests. Questions regarding the limits of individual rights can be characterized just as well in terms of delineating the scope of those rights. We can therefore expect to learn a great deal about rights definition in general, and in the context of this case specifically, by paying careful attention to the way in which this Court has handled such issues in the context of s. 1. Properly understood, the justificatory enterprise in s. 1 demonstrates that the rights-granting provisions in the *Charter* include a positive dimension.

This Court developed early on a general approach to s. 1 justification, focussing on the kinds of considerations appropriate to the justificatory analysis. That general approach was expressed in Dickson C.J.'s landmark judgment in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135:

It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*)

appréciable de droits, notamment, comme je l'ai indiqué plus tôt (au par. 320), le droit de vote (art. 3), le droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures pénales (art. 14) et le droit des minorités francophone ou anglophone au Canada de faire instruire leurs enfants dans leur langue (art. 23). Les droits positifs ne constituent pas l'exception dans l'application ordinaire de la *Charte*, mais ils font partie intégrante de la structure de celle-ci. Il est possible d'affirmer que l'objet de la *Charte* — celle-ci étant considérée dans son ensemble — a une dimension positive, en ce sens que au moins certains de ses éléments constitutifs possèdent un tel caractère.

351 L'article premier jette lui aussi de la lumière sur cette question. Le grand défi conceptuel que doivent relever les tribunaux dans l'application de cette disposition consiste à définir, à l'égard des droits et libertés individuels, des restrictions qui permettent de respecter dûment ces droits et libertés, sans les subordonner indûment aux intérêts de la majorité. Les questions concernant les restrictions dont sont assortis les droits individuels peuvent tout aussi bien être qualifiées de questions touchant à la détermination de l'étendue de ces droits. On peut donc espérer en apprendre beaucoup sur la définition des droits en général, tout particulièrement dans le présent pourvoi, en examinant attentivement la façon dont la Cour a tranché ces questions dans le cadre de l'application de l'article premier. Si on le considère comme il doit l'être, le processus de justification prévu par l'article premier démontre que les dispositions créatrices de droits de la *Charte* comportent invariablement une dimension positive.

352 Dès le départ, la Cour a élaboré une démarche générale à l'égard de la justification prévue par l'article premier, démarche axée sur le genre de considérations qui conviennent dans cette analyse. Cette démarche a été exprimée en termes on ne peut plus clairs par le juge en chef Dickson dans l'arrêt de principe *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135 :

Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions : premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux

against which limitations on those rights and freedoms must be measured.

We sometimes lose sight of the primary function of s. 1 — to constitutionally guarantee rights — focussed as we are on the section's limiting function.

353 Our oversight in this regard is perhaps exacerbated by the fact that the two functions served by s. 1 appear, at first blush, to conflict with one another. In what sense, after all, can one be said to be guaranteeing *Charter* rights, even as one places limits upon them? The answer lies in part in the other "limiting" sections (s. 33 and s. 38 of the *Constitution Act, 1982*): the justified limits to *Charter* rights that are permitted under s. 1 must not be confused with exceptions, denials, or other forms of restriction that would abrogate or derogate from the rights themselves (*Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 86). Dickson C.J. provides the remainder of the solution in the passage that follows, *Oakes*, *supra*, at p. 136:

> A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society . . . . The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

In this way, the two functions served by s. 1 are prevented from operating at cross purposes, as it were, because the very values that underlie and are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are the values that must be invoked in demonstrating that a limit on those rights and freedoms is justified. This "unity of values" underlying the dual functions of s. 1 ensures that due regard and

de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

Il nous arrive parfois d'oublier le rôle principal de l'article premier — c'est-à-dire garantir constitutionnellement les droits énoncés dans la *Charte* —, absorbés comme nous le sommes par le rôle restrictif de cette disposition.

Cet oubli de notre part s'explique peut-être aussi par le fait que les deux rôles que joue l'article premier semblent, de prime abord, incompatibles. Après tout, comment peut-on prétendre garantir les droits énoncés dans la *Charte* et, du même souffle, les assortir de restrictions? La réponse réside en partie dans les autres dispositions « limitatives » (art. 33 et 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) : il ne faut pas confondre les restrictions justifiées aux droits prévus par la *Charte* avec les exceptions, négations et autres formes de restriction qui auraient pour effet de déroger à ces droits ou de les abroger (*Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 86). Le juge en chef Dickson complète la réponse dans le passage suivant de l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

> Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique ». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique [. . .]. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Ainsi, on évite que les deux rôles joués par l'article premier ne soient pour ainsi dire contradictoires, car les valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte* et qui en sont à la source sont précisément celles qui doivent être invoquées pour démontrer que la restriction dont on assortit ces droits et libertés est justifiée. Cette [TRADUCTION] « identité de valeurs » à la base du double rôle de

protection is given to *Charter* rights even as justified limits are placed upon them (see L. E. Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469, at p. 483). In fact, it would not be far from the truth to state that the types of limits that are justified under s. 1 are those, and only those, that not only respect the content of *Charter* rights but also further those rights in some sense — or to use the language of s. 1 itself, "guarantee" them — by further advancing the values at which they are directed.

To say this is in part to recognize that limitations on rights are necessary if only to harmonize competing rights, or to give the fullest expression possible to conflicting rights. Freedom of religion, for example, can only be fulfilled for all by guarding against establishment, thereby ensuring the existence of the positive conditions necessary for all to express their own religious views: *Big M Drug Mart*, *supra*; *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366. Freedom of the press cannot trump the right to a fair trial (see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480), which in turn cannot override privacy interests (see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668). In every case, the courts will search for the proper accommodation that will give the fullest expression to each of the clashing rights. See also *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455.

In that sense, *Charter* rights and freedoms find protection in s. 1, not only because they are guaranteed in that section, but because limitations on some rights are required by the positive protection of others. This approach to s. 1 justification, which invokes the values that underpin the *Charter* as the only suitable basis for limiting those rights, confirms that *Charter* rights contain a positive

l'article premier garantit le respect et la protection dus aux droits protégés par la *Charte*, même lorsque ceux-ci sont assujettis à des restrictions justifiées (voir L. E. Weinrib, « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469, p. 483). En fait, on pourrait peut-être même aller jusqu'à dire que les restrictions justifiées au regard de l'article premier sont celles — et uniquement celles — qui non seulement respectent les droits garantis par la *Charte* mais ont également pour effet de les renforcer d'une certaine façon — ou, pour reprendre les termes de l'article premier, les « garanti[ssent] » — en consolidant les valeurs qu'ils visent à soutenir.

354 En disant cela, on reconnaît en partie qu'il peut s'avérer nécessaire de restreindre des droits, ne serait-ce que pour concilier des droits opposés ou permettre à de tels droits de s'exprimer le plus complètement possible. Par exemple, la liberté de religion ne peut être garantie à chacun qu'en la protégeant contre l'ordre établi et en permettant ainsi la réunion des conditions positives nécessaires pour que tous puissent exprimer leurs opinions religieuses : *Big M Drug Mart*, précité; *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366. La liberté de presse ne saurait avoir préséance sur le droit à un procès équitable (voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480), lequel ne peut l'emporter sur le droit à la vie privée (voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668). Dans tous les cas, les tribunaux recherchent le compromis propre à permettre le respect le plus intégral possible de chacun des droits en conflit. Voir également *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455.

355 En ce sens, les droits et libertés prévus par la *Charte* sont protégés par l'article premier, non seulement parce qu'on y énonce qu'ils sont garantis, mais aussi parce qu'il arrive que, pour protéger concrètement certains droits, il faille en restreindre d'autres. Cette façon de voir le processus de justification prévu par l'article premier, démarche qui considère les valeurs sous-tendant la *Charte* comme le seul

dimension. Constitutional rights are not simply a shield against state interference with liberty; they place a positive obligation on the state to arbitrate competing demands arising from the liberty and rights of others.

356 In other words, the justificatory mechanism in place in s. 1 of the *Charter* reflects the existence of a positive right to *Charter* protection asserted in support of alleged interference by the state with the rights of others. If such positive rights exist in that form in s. 1, they must, *a fortiori*, exist in the various *Charter* provisions articulating the existence of the rights. For instance, if one's right to life, liberty and security of the person can be limited under s. 1 by the need to protect the life, liberty or security of others, it can only be because the right is not merely a negative right but a positive one, calling for the state not only to abstain from interfering with life, liberty and security of the person but also to actively secure that right in the face of competing demands.

357 This concludes my interpretive analysis of s. 7. In my view, the results are unequivocal: every suitable approach to *Charter* interpretation, including textual analysis, purposive analysis, and contextual analysis, mandates the conclusion that the s. 7 rights of life, liberty and security of the person include a positive dimension.

358 It remains to show that the interest claimed in this case falls within the range of entitlements that the state is under a positive obligation to provide under s. 7. In one sense it seems obvious that it does. As I have already suggested, a minimum level of welfare is so closely connected to issues relating to one's basic health (or security of the person), and potentially even to one's survival (or life interest), that it appears inevitable that a positive right to life, liberty and security of the person must provide for it.

fondement justifiant de restreindre les droits concernés, confirme que les droits consacrés par la *Charte* comportent une dimension positive. Les droits constitutionnels ne servent pas simplement de bouclier contre les atteintes à la liberté commises par l'État, mais ils ont également pour effet d'imposer à l'État l'obligation positive d'arbitrer les revendications conflictuelles découlant des droits et libertés de chacun.

En d'autres termes, le mécanisme de justification instauré par l'article premier de la *Charte* traduit l'existence d'un droit positif à la protection de la *Charte* qui est invoqué lorsqu'on reproche à l'État de porter atteinte aux droits de certains. Si de tels droits positifs existent sous cette forme à l'article premier, ils doivent à plus forte raison exister dans les dispositions mêmes de la *Charte* reconnaissant l'existence des droits invoqués. Par exemple, si le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne peut, par application de l'article premier, être restreint en raison de la nécessité de protéger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui, ce ne peut être que parce que ce droit n'est pas simplement un droit négatif mais aussi un droit positif, qui commande à l'État non seulement de s'abstenir de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais également de garantir activement ce droit en présence de revendications conflictuelles.

Ceci complète mon analyse interprétative de l'art. 7. Les résultats sont clairs : toute interprétation valable de la *Charte*, qu'il s'agisse d'une analyse téléologique, textuelle ou encore contextuelle, mène à la conclusion que le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 comporte une dimension positive.

Il reste à démontrer que le droit revendiqué en l'espèce fait partie de ceux que l'État a l'obligation positive d'accorder en vertu de l'art. 7. D'une certaine manière, il semble évident que ce soit le cas. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il existe un lien si étroit entre un niveau minimal d'aide sociale et des questions touchant à la santé fondamentale d'une personne (ou sa sécurité), voire à sa subsistance (ou droit à la vie), qu'il semble inévitable qu'un droit positif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

Indeed in this case the legislature has in fact chosen to legislate in respect of welfare rights. Thus determining the applicability of the foregoing general principles to the case at bar requires only that we analyse this case through the lens of the underinclusiveness line of cases, of which *Dunmore*, *supra*, is the chief example.

III. Application to the Case at Bar

As my colleague Bastarache J. observes, "[t]he question of whether a fundamental freedom can be infringed through the lack of government action was canvassed most recently in the case of *Dunmore*, *supra*" (para. 220). This Court recognized in that case that underinclusive legislation might in some contexts constitute "affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom" (*Dunmore*, *supra*, at para. 22). In the process, we confirmed, at para. 23, L'Heureux-Dubé J.'s earlier comment in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1039, that "a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required".

The combined effect of these statements is at least two-fold. Most obviously, they stand for the proposition that the *Charter*'s fundamental freedoms can be infringed even absent overt state action. Mere restraint on the part of government from actively interfering with protected freedoms is not always enough to ensure *Charter* compliance; sometimes government inaction can effectively constitute such interference.

Beyond that, however, the statements also confirm that in some contexts the fundamental freedoms enumerated in the *Charter* place the state under a positive obligation to ensure that its legislation is properly inclusive. Indeed, as I have already stressed, positive rights distinguish themselves from negative rights precisely in that they are violable by mere inaction, such as the failure on the part of the state

personne pourvoit à la fourniture de ce niveau d'assistance. D'ailleurs, en l'espèce, l'État avait choisi de légiférer sur les droits relatifs à l'aide sociale. Par conséquent, pour décider si les principes généraux susmentionnés s'appliquent à la présente affaire, il nous suffit d'analyser celle-ci sous l'éclairage de la jurisprudence sur la non-inclusion, dont l'arrêt *Dunmore*, précité, constitue le principal exemple.

III. L'application des principes à l'espèce

359 Comme le signale mon collègue le juge Bastarache, « [p]lus récemment, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, notre Cour s'est demandée si l'absence d'intervention gouvernementale peut porter atteinte à une liberté fondamentale » (par. 220). Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'une loi dont la portée est trop limitative pourrait, dans certains contextes, constituer « une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie » (*Dunmore*, précité, par. 22). Au paragraphe 23 de cet arrêt, nous avons confirmé les commentaires que le juge L'Heureux-Dubé avait formulés précédemment dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1039, à savoir qu'« il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être ».

360 Ces énoncés produisent au moins deux effets. De toute évidence, ils appuient la proposition selon laquelle il peut être porté atteinte aux libertés fondamentales garanties par la *Charte* même en l'absence d'intervention directe de l'État. Le simple fait pour l'État de s'abstenir de porter activement atteinte aux libertés protégées n'est pas dans tous les cas suffisant pour garantir le respect de la *Charte*; l'inaction de l'État peut parfois constituer effectivement une telle atteinte.

361 Par ailleurs, ces énoncés confirment également que, dans certains contextes, les libertés fondamentales énumérées dans la *Charte* imposent à l'État l'obligation positive de veiller à ce que ses lois soient suffisamment inclusives. En effet, comme je l'ai souligné plus tôt, les droits positifs se distinguent des droits négatifs précisément en ceci qu'ils sont susceptibles de violation par simple inaction,

to include all those who should be included under a regime of protective legislation. Thus, in holding that the state cannot shield itself from *Charter* scrutiny under the pretext that underinclusive legislation does not constitute active interference with a fundamental freedom, *Dunmore* affirmed that the *Charter* provides for positive rights.

362 Of course, such positive rights to inclusion in a legislative regime had previously been recognized by this Court in the s. 15(1) context in *Vriend, supra*. In that case, a unanimous Court observed that there is nothing in the wording of s. 32 of the *Charter* "to suggest that a positive act encroaching on rights is required" (emphasis in original). Rather, s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be engaged even if the legislature refuses to exercise its authority" (*Vriend*, at para. 60, quoting D. Poithier "The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislative Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The primary significance of *Dunmore*, from the perspective of the instant appeal, is that it extended the positive right to legislative inclusion to *Charter* claims going beyond the equality context.

363 It would, in my view, be inaccurate to suggest in the light of this that claims of underinclusion are the natural province of s. 15. I think it is preferable to approach such claims by first attempting to ascertain the threat that is posed by a given piece of underinclusive legislation. Where the threat is to one of the specifically enumerated fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it will be appropriate to entertain the claim of underinclusion under the section that provides for that freedom. Admittedly, there will be cases in which underinclusion is based on a prohibited ground and threatens human dignity, and therefore is properly treated under s. 15(1), even though it does not implicate any of the other enumerated *Charter* rights. To that extent, s. 15(1) is perhaps the proper

par exemple par omission de l'État d'inclure dans un régime de protection légale toutes les personnes qui devraient être visées. En conséquence, comme il a été jugé dans l'arrêt *Dunmore* que l'État ne peut soustraire une loi à un examen fondé sur la *Charte* en prétendant que le caractère non inclusif de cette loi ne constitue pas une atteinte active à une liberté fondamentale, cette décision a confirmé que la *Charte* garantit des droits positifs.

Évidemment, de tels droits positifs à l'inclusion dans un régime légal avaient déjà été reconnus par la Cour dans l'arrêt *Vriend*, précité, dans le contexte du par. 15(1). Dans cette affaire, la Cour a unanimement souligné que rien dans le texte de l'art. 32 de la *Charte* n'indiquait « qu'une action positive empiétant sur les droits soit nécessaire » (souligné dans l'original). Cette disposition est plutôt « rédigé[e] d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir » (*Vriend*, par. 60, citant D. Poithier « The Sounds of Silence : *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak » (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, p. 115). Dans le cadre du présent pourvoi, l'intérêt premier de l'arrêt *Dunmore* est qu'il a élargi le champ d'application du droit positif à l'inclusion dans un régime légal aux demandes fondées sur la *Charte* qui débordent le contexte de l'égalité.

À mon avis, compte tenu de ce qui précède, il serait inexact de suggérer que les plaintes de non-inclusion relèvent naturellement de l'art. 15. J'estime qu'il est préférable de les examiner en s'attachant d'abord à évaluer la menace que représente une mesure législative non inclusive. Lorsque la menace vise une liberté ou un droit fondamental expressément énuméré et garanti par la *Charte*, il convient d'examiner cette plainte de non-inclusion au regard de la disposition reconnaissant le droit ou la liberté en question. Il faut reconnaître qu'il se présentera des cas où la non-inclusion est fondée sur un motif de distinction illicite et menace la dignité humaine, et où il conviendra en conséquence d'examiner la demande en vertu du par. 15(1), même si elle ne soulève pas d'autres droits énumérés dans

venue for addressing certain kinds of claims of underinclusion *per se*.

But we must not conclude from this that claims based upon the underinclusiveness of legislation sit uneasily under the protection provided by other specifically enumerated *Charter* rights. As my colleague observes, total exclusion of a group from a statutory scheme protecting a certain right may in some circumstances engage that right to such an extent that the exclusion in essence infringes the substantive right as opposed to the equality right protected under s. 15(1).

Dunmore articulated the criteria necessary for making a *Charter* claim based on underinclusion outside the context of s. 15. In my view, these criteria are satisfied in this case. They are as follows:

1. The claim must be grounded in a fundamental *Charter* right or freedom rather than in access to a particular statutory regime (*Dunmore*, at para. 24).

2. A proper evidentiary foundation must be provided, before creating a positive obligation under the *Charter*, by demonstrating that exclusion from the regime constitutes a substantial interference with the exercise and fulfillment of a protected right (*Dunmore*, at para. 25).

3. It must be determined whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise the right or freedom in question (*Dunmore*, at para. 26).

These criteria are directed at ensuring that the necessary conditions for making out virtually any *Charter* claim are in place. To begin with, the claim must be grounded in an appropriate *Charter* right. That is, it must be grounded in a substantive right outside of s. 15, rather than in exclusion from a statutory regime itself, which exclusion could at best

la *Charte*. Sous cet angle, le par. 15(1) constitue peut-être la disposition au regard de laquelle il convient d'examiner certaines plaintes de non-inclusion comme telles.

Cependant, il ne faut pas conclure de ce qui précède que l'examen des demandes reprochant le caractère non-inclusif d'une mesure législative cadrerait mal avec la protection prévue par d'autres droits garantis par la *Charte* et expressément énumérés dans celle-ci. Comme le mentionne mon collègue, le fait d'exclure totalement un groupe du champ d'application d'un régime légal protégeant un droit donné peut, dans certaines circonstances, porter une atteinte telle à ce droit que c'est alors essentiellement le droit substantiel qui est violé plutôt que le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). 364

Dans l'arrêt *Dunmore*, on a énoncé les critères de validité des plaintes de non-inclusion présentées en vertu de la *Charte*, en dehors du contexte de l'art. 15. Je suis d'avis que ces critères, qui sont énoncés ci-après, sont respectés en l'espèce. 365

1. L'argument doit reposer sur une liberté ou un droit fondamental garanti par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis (*Dunmore*, par. 24).

2. Pour que le tribunal puisse conclure à une obligation positive prévue par la *Charte*, il doit exister une preuve appropriée, démontrant que l'exclusion du régime légal crée une entrave substantielle à l'exercice du droit protégé (*Dunmore*, par. 25).

3. Il faut déterminer si l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer la liberté ou le droit fondamental en question (*Dunmore*, par. 26).

Ces critères permettent de s'assurer que sont réunies les conditions de validité nécessaires d'une demande fondée sur la *Charte*, et ce dans pratiquement tous les cas. Tout d'abord, la demande doit être fondée sur un droit approprié garanti par la *Charte*, à savoir un droit substantiel prévu par une autre disposition que l'art. 15, plutôt que sur la simple

implicate the equality guarantee. Beyond this, however, all successful *Charter* claims require that the claimant establish both that his or her right has been interfered with and that it is the government that is responsible for such interference. The second and third criteria are directed at establishing the presence of these two conditions. While establishing their presence is often a relatively straightforward matter in cases where it is the infringement of a negative right that is claimed — one must simply be able to point to a positive government action that infringes the right or freedom — the case is somewhat different here. Because claims based upon underinclusion essentially call upon the courts to find a positive obligation on the part of government to actively secure fulfilment of a *Charter* right, it would be both extremely difficult (if not impossible) for claimants to point to some positive state act that constitutes an interference with their *Charter* rights, and inappropriate to expect this of them. Instead, their claim will essentially be grounded in a lack of effective state action. We must be sensitive to this difference in conducting our analysis of the criteria. With this in mind, I will now consider each of them in turn.

A. *Is the Claim Grounded in an Appropriate Charter Right?*

366 In *Dunmore*, this Court distinguished underinclusion cases that are superficially similar such as *Haig*, *supra*, and *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"), on the basis that the *Charter* claims made in the latter cases constituted nothing more than a demand for access to a particular statutory regime (at para. 24):

> [I]n *Haig*, the majority of this Court held that "(a) government is under no constitutional obligation to extend (a referendum) to anyone, let alone to everyone", and further that "(a) referendum as a platform of expression is . . . a matter of legislative policy and not of

exclusion d'un régime légal, exclusion qui tout au plus ferait intervenir la garantie d'égalité. Outre cela, toutefois, pour que la demande fondée sur la *Charte* soit accueillie, l'intéressé doit établir à la fois qu'on a porté atteinte au droit qu'il invoque et que l'État est responsable de cette atteinte. Les deuxième et troisième critères visent à s'assurer du respect de ces deux exigences. Dans les cas où le demandeur plaide la violation d'un droit négatif, il est souvent relativement simple de prouver le respect de ces exigences, puisqu'il suffit alors au demandeur d'être en mesure d'indiquer la mesure gouvernementale concrète qui contrevient à la liberté ou au droit invoqué. Nous sommes par contre ici en présence d'une situation assez différente. Puisque, dans le cadre d'une plainte de non-inclusion, on demande essentiellement au tribunal de conclure que le gouvernement avait l'obligation positive de garantir activement le respect d'un droit reconnu par la *Charte*, il serait d'une part extrêmement difficile (voire impossible) pour le demandeur de faire état de quelque mesure étatique concrète portant atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* et, d'autre part, déraisonnable de s'attendre à ce qu'il le fasse. L'action du demandeur reprochera plutôt essentiellement l'absence de mesure étatique efficace. Nous devons être conscients de cette distinction dans notre analyse fondée sur ces critères. À la lumière de ces remarques, je vais maintenant examiner ces critères à tour de rôle.

A. *L'argument repose-t-il sur un droit approprié garanti par la Charte?*

Dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 24, la Cour a distingué le pourvoi dont elle était saisie d'affaires de non-inclusion en apparence semblables, comme les arrêts *Haig*, précité, et *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »), en affirmant que les demandes fondées sur la *Charte* présentées dans ces arrêts n'étaient rien d'autre que des demandes d'accès à un régime légal particulier :

> [D]ans *Haig*, la majorité de la Cour conclut qu'un « gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir (un référendum) à qui que ce soit, et encore moins à tous » et qu'un « référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève (. . .) de la politique

constitutional law" (p. 1041 (emphasis in original)). Similarly, in *NWAC*, the majority of this Court held that "[i]t cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences" (p. 654). In my view, the appellants in this case do not claim a constitutional right to general inclusion in [a statutory regime], but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to organize exists independently of any statutory enactment . . . .

législative et non du droit constitutionnel » (p. 1041 (souligné dans l'original)). De même, dans *AFAC*, la majorité de la Cour conclut : « (o)n ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles » (p. 654). J'estime que les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans [un régime légal], mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif . . .

The instant appeal is also distinguishable from *Haig* and *NWAC*, and on all fours with *Dunmore* itself, in this respect.

Le présent pourvoi peut lui aussi être distingué des arrêts *Haig* et *AFAC*, mais il correspond en tous points à l'arrêt *Dunmore* sur cette question.

Though it is true that the claimants in the present case attack the underinclusiveness of the regulations under the *Social Aid Act* under s. 15 on the basis that exclusion from the statutory regime on a prohibited ground in itself constitutes an affront to human dignity, their s. 7 claim is entirely independent of this. Under s. 7, their claim is not that exclusion from the statutory regime is illicit *per se*, but that it violates their self-standing right to security of the person (and potentially their right to life as well). As in *Dunmore*, this right exists independently of any statutory enactment.

367 Bien qu'il soit exact que, en l'espèce, les demandeurs contestent le caractère non-inclusif du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale* en vertu de l'art. 15 au motif que le fait d'être exclu du régime légal pour un motif de distinction illicite en soi constitue un affront à la dignité humaine, l'argument qu'ils présentent en application de l'art. 7 repose sur un fondement tout à fait distinct. En effet, ils ne prétendent pas, dans cet argument, que leur exclusion du régime légal est en soi illicite, mais qu'elle contrevient à leur droit autonome à la sécurité de leur personne (et peut-être aussi à leur droit à la vie). Tout comme dans l'arrêt *Dunmore*, il s'agit d'un droit qui existe indépendamment de tout texte législatif.

The distinction between the s. 7 claim and the s. 15 claim can be illustrated as follows: if it were the case that the claimants could meet their basic needs through means outside of the *Social Aid Act* — for instance through an independent government program providing for subsidized housing, food vouchers, etc., in exchange for the performance of works of public service — their s. 7 claim would entirely disappear, but their s. 15 claim would potentially remain intact inasmuch as it would still be open to them to argue that being forced to resort to these alternative means somehow violated their human dignity. The problem in this case, by way of contrast, is that exclusion from this statutory regime effectively excludes the claimants from any real possibility of having their basic needs met through any means whatsoever. Thus, it is not exclusion from the particular statutory regime that is at stake but, more

368 On peut illustrer ainsi la distinction qui existe entre la demande fondée sur l'art. 7 et celle fondée sur l'art. 15 : si le demandeur était en mesure de subvenir à ses besoins essentiels par d'autres moyens que ceux prévus par la *Loi sur l'aide sociale* — par exemple, grâce à un programme gouvernemental distinct offrant des subventions au logement, des bons d'alimentation et autres mesures du genre, en contrepartie de l'exécution de travaux communautaires — sa demande fondée sur l'art. 7 perdrait toute justification, mais celle basée sur l'art. 15 pourrait demeurer valable dans la mesure où il lui serait toujours loisible de plaider que le fait d'avoir été contraint de recourir à ces solutions de rechange a, d'une certaine manière, porté atteinte à sa dignité humaine. À l'opposé, le problème en l'espèce est que l'exclusion des demandeurs du régime légal les prive effectivement de toute possibilité concrète de

basically, the claimants' fundamental rights to security of the person and life itself.

B. *Is there a Sufficient Evidentiary Basis to Establish that Exclusion from the Social Aid Act Substantially Interfered with the Fulfilment and Exercise of the Claimants' Fundamental Right to Security of the Person?*

369 In order to address adequately the question that is posed here, we must first be clear about what would be sufficient to constitute the required evidentiary basis. In *Dunmore*, *supra*, at para. 25, Bastarache J. stated the requirement as follows:

> [T]he evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity. Such a burden was implied by Dickson C.J. in the *Alberta Reference* . . . where he stated that positive obligations may be required "where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361). [Emphasis deleted.]

For clarity, Bastarache J. went on to add that "[t]hese dicta do not require that the exercise of a fundamental freedom be impossible, but they do require that the claimant seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms" (para. 25 (emphasis added)).

370 In view of this, one must avoid placing undue emphasis on whatever (often remote) possibility there might have been that the claimants could have satisfied their basic needs through private means, whether in the open market or with the assistance of other private actors such as family members or charitable groups. There is simply no requirement that they prove they exhausted all other avenues of relief before turning to public assistance. On the contrary, all that is required is that the claimants show that the lack of government intervention "substantially impede[d]" the enjoyment of their s. 7 rights. This requirement is best put in language that mirrors that

pourvoir à leurs besoins essentiels. Par conséquent, ici, ce qui est en jeu n'est pas l'exclusion du régime légal concerné mais, essentiellement, les droits fondamentaux des demandeurs à la sécurité de leur personne et à la vie même.

B. *La preuve permet-elle d'établir que l'exclusion des demandeurs du champ d'application de la Loi sur l'aide sociale a substantiellement entravé l'exercice par ceux-ci de leur droit fondamental à la sécurité de leur personne?*

Pour être en mesure d'examiner adéquatement la question qui se soulève à cette étape-ci, nous devons d'abord indiquer clairement ce qui constitue une preuve suffisante. Dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 25, le juge Bastarache a exprimé ainsi l'exigence applicable à cet égard :

> La charge de preuve consiste [. . .] à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*b*). Cette charge ressort implicitement de la remarque du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* [. . .] selon laquelle des obligations positives peuvent être nécessaires lorsque « l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361). [Soulignements supprimés.]

Par souci de clarté, le juge Bastarache a ajouté ceci : « [c]es observations ne disent pas que l'exercice d'une liberté fondamentale doit être impossible, mais que le demandeur doit rechercher davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales » (par. 25 (je souligne)).

Compte tenu de ce qui précède, il faut éviter d'accorder trop d'importance à la possibilité (souvent lointaine) que les demandeurs auraient pu satisfaire à leurs besoins essentiels au moyen de ressources privées, soit en exploitant les possibilités du marché du travail soit en recourant à l'aide d'autres intervenants privés comme des membres de leur famille ou des œuvres de bienfaisance. Ils ne sont absolument pas tenus de prouver qu'ils ont épuisé tous les autres moyens de subsistance avant de faire appel à l'aide sociale. Au contraire, il leur suffit d'établir que l'absence d'intervention de l'État « [a] port[é] atteinte sensiblement » à la jouissance des droits

used by L'Heureux-Dubé J. in *Haig*, *supra*, that the claimants must show that government intervention was necessary in order to render their s. 7 rights meaningful.

There is ample evidence in this case that the legislated exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their s. 7 rights, in particular their right to security of the person. Welfare recipients under the age of 30 were allowed $170/month. The various remedial programs put in place in 1984 simply did not work: a startling 88.8 percent of the young adults who were eligible to participate in the programs were unable to increase their benefits to the level payable to adults 30 and over. In these conditions, the physical and psychological security of young adults was severely compromised during the period at issue. This was compellingly illustrated by the appellant's own testimony and by that of her four witnesses: a social worker, a psychologist, a dietician and a community physician. The sizeable volume of the appellant's record prohibits an exhaustive exposé of the dismal conditions in which many young welfare recipients lived. I will nevertheless outline the evidence illustrating how the exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime amounted to a substantial interference with their fundamental right to security of the person and drove them to resort to other demeaning and often dangerous means to ensure their survival.

On $170/month, paying rent is impossible. Indeed, in 1987, the rent for a bachelor apartment in the Montreal Metropolitan Area was approximately $237 to $412/month, depending on the location. Two-bedroom apartments went for about $368 to $463/month. As a result, while some welfare

que leur garantit l'art. 7. La meilleure façon de formuler cette exigence consiste à s'inspirer des termes utilisés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*, précité, et de dire que les demandeurs doivent démontrer que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour donner effet aux droits que leur garantit l'art. 7.

371 En l'espèce, la preuve établit amplement que le fait, dans le texte de loi, d'avoir exclu les jeunes adultes du plein bénéfice des avantages du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte aux droits que leur garantit l'art. 7, tout particulièrement le droit à la sécurité de leur personne. Les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans touchaient 170 $ par mois. Les divers programmes de rattrapage mis en place en 1984 ne fonctionnaient tout simplement pas : un pourcentage renversant (88,8 p. 100) des jeunes adultes qui y étaient admissibles n'arrivaient pas à toucher le niveau de prestations payables aux bénéficiaires de 30 ans et plus. Dans ces conditions, la sécurité physique et psychologique des jeunes adultes a été sérieusement compromise au cours de la période en question. Cette constatation a été illustrée de façon convaincante par le témoignage de l'appelante et celui de ses quatre témoins : un travailleur communautaire, une psychologue, une diététiste et une médecin spécialisée en santé communautaire. Compte tenu de l'ampleur considérable du dossier produit par l'appelante, il n'est pas possible de dresser un tableau exhaustif des conditions épouvantables dans lesquelles vivaient de nombreux jeunes bénéficiaires d'aide sociale. Je vais néanmoins faire état de certains éléments de preuve illustrant en quoi l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du régime d'aide sociale constituait une atteinte substantielle à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et les contraignait à recourir à d'autres moyens dégradants et souvent dangereux pour assurer leur subsistance.

372 Avec une somme de 170 $ par mois, il est impossible de se payer un loyer. De fait, en 1987, le loyer mensuel d'un studio dans la région métropolitaine de Montréal oscillait approximativement de 237 $ à 412 $, selon l'endroit où il était situé. Celui des appartements comptant deux chambres à

recipients were able to live with parents, many became homeless. During the period at issue, it is estimated that over 5 000 young adults lived on the streets of the Montreal Metropolitan Area. Arthur Sandborn, a social worker, testified that young welfare recipients would often combine their funds and share a small apartment. After paying rent however, very little money was left to pay for the other basic necessities of life, including hot water, electricity and food. No telephone meant further marginalization and made job hunting very difficult, as did the inability to afford suitable clothes and transportation.

(1) Interference with Physical Security of the Person

373 The exclusion of welfare recipients under the age of 30 from the full benefits of the social assistance regime severely interfered with their physical integrity and security. First, there are the health risks that flow directly from the dismal living conditions that $170/month afford. Obviously, the inability to pay for adequate clothing, electricity, hot water or, in the worst cases, for any shelter whatsoever, dramatically increases one's vulnerability to such ailments as the common cold or influenza. According to Dr. Christine Colin, persons living in poverty are six times more likely to develop diseases like bronchial infections, asthma and emphysema than persons who live in decent conditions. Dr. Colin also testified that the poor not only develop more health problems, but are also more severely affected by their ailments than those who live in more favourable conditions.

374 Second, the malnourishment and undernourishment of young welfare recipients also result in a

coucher variait de 368 $ à 463 $. Par conséquent, alors que certains bénéficiaires d'aide sociale ont été en mesure d'habiter chez leurs parents, bon nombre d'entre eux sont devenus des sans-abri. Au cours de la période en cause, on estime que plus de 5 000 jeunes adultes vivaient dans les rues de la région métropolitaine de Montréal. Monsieur Arthur Sandborn, travailleur communautaire, a témoigné que les jeunes prestataires mettaient souvent leur argent en commun et partageaient un petit appartement. Toutefois, après avoir payé le loyer, il ne leur restait que très peu d'argent pour se procurer les autres choses essentielles, notamment l'eau chaude, l'électricité et la nourriture. De plus, le fait qu'ils n'avaient pas le téléphone exacerbait leur marginalisation et compliquait grandement la recherche d'un emploi, tout comme le fait qu'ils n'avaient pas les moyens de se vêtir convenablement et de se déplacer.

(1) Atteinte à la sécurité physique de la personne

L'exclusion des bénéficiaires de moins de 30 ans du groupe admissible au plein montant des prestations d'aide sociale a porté gravement atteinte à leur intégrité physique et à la sécurité de leur personne. Premièrement, qu'il suffise de mentionner les risques pour la santé qui découlent directement de la situation d'indigence que crée une prestation mensuelle de 170 $. De toute évidence, l'incapacité de se payer des vêtements convenables, l'électricité, l'eau chaude ou, dans les pires cas, un toit, accroît énormément la vulnérabilité d'une personne aux maladies comme le rhume ou la grippe. Selon le Dr Christine Colin, les personnes qui vivent dans la pauvreté sont six fois plus susceptibles de contracter des maladies comme les bronchites, l'asthme et l'emphysème que celles qui vivent dans des conditions convenables. Le Dr Colin a également témoigné que non seulement les personnes pauvres éprouvent-elles plus de problèmes de santé, mais elles sont aussi plus sévèrement affectées par leur maladie que celles vivant dans des conditions plus favorables.

Deuxièmement, la malnutrition et la sous-alimentation des jeunes bénéficiaires d'aide sociale

plethora of health problems. In 1987, the cost of proper nourishment for a single person was estimated at $152/month, that is 89 percent of the $170/month allowance. Jocelyne Leduc-Gauvin, a dietician, gave detailed evidence of the effects of poor and insufficient nourishment. Malnourished young adults suffer from lethargy and from various chronic problems such as obesity, anxiety, hypertension, infections, ulcers, fatigue and an increased sensitivity to pain. Malnourished women are prone to gynecological disorders, high rates of miscarriage and abnormal pregnancies. Children born to malnourished mothers tend to be smaller and are often afflicted by congenital deficiencies such as poor vision and learning disorders. Like many welfare recipients under the age of 30, the appellant suffered the consequences of malnutrition. As noted by Ms. Leduc-Gauvin, there is a sad irony in the fact that those who were left to fend for themselves on a lean $170/month — young adults aged 18 to 29 — in fact required a higher daily intake of calories and nutrients than older adults.

In order to eat, many young welfare recipients benefited from food banks, soup kitchens and like charitable organizations. But since these could not be relied upon consistently other avenues had to be pursued. While some resorted to theft, others turned to prostitution. Dumpsters and garbage cans were scavenged in search of edible morsels of food, exposing the hungry youths to the risks of food poisoning and contamination. In one particular case reported by Mr. Sandborn, two young adults paid a restauranteur $10/month for the right to sit in his kitchen and eat whatever patrons left in their plates.

(2) Interference with Psychological Security of the Person

The psychological and social consequences of being excluded from the full benefits of the social

se traduisent également par une pléthore de problèmes de santé. En 1987, on évaluait le coût d'une bonne alimentation pour une personne seule à 152 $ par mois, soit 89 p. 100 de la prestation mensuelle de 170 $. Jocelyne Leduc-Gauvin, diététiste, a déposé en détail sur les effets d'une alimentation insuffisante et carentielle. Les jeunes adultes victimes de malnutrition souffrent de léthargie et de divers problèmes chroniques tels que l'obésité, l'anxiété, l'hypertension, les infections, les ulcères, la fatigue et la sensibilité accrue à la douleur. Les femmes dénutries sont plus vulnérables aux troubles gynécologiques et elles ont un taux élevé de fausses couches et des grossesses anormales. Les enfants de ces femmes ont tendance à être plus petits et souffrent souvent de problèmes congénitaux comme une mauvaise vue et des troubles d'apprentissage. À l'instar de nombreux prestataires de moins de 30 ans, l'appelante souffrait des conséquences de la malnutrition. Comme l'a souligné M^me^ Leduc-Gauvin, il est tristement ironique que les personnes qui étaient appelées à se débrouiller avec une maigre prestation mensuelle de 170 $ — les jeunes adultes âgés de 18 à 29 ans — avaient en fait besoin d'un apport quotidien calorique et nutritif plus élevé que leurs aînées.

375 Afin de se nourrir, de nombreux jeunes prestataires ont fait appel aux banques d'alimentation, soupes populaires et autres organisations de bienfaisance du genre. Cependant, comme il n'était pas possible de recourir systématiquement à ces ressources, d'autres moyens devaient être envisagés. Certains se sont tournés vers le vol, d'autres vers la prostitution. De jeunes affamés fouillaient les bennes à rebuts et les poubelles à la recherche de restes comestibles, s'exposant ainsi à des risques d'intoxication alimentaire et de contamination. Monsieur Sandborn a signalé le cas de deux jeunes adultes qui versaient à un restaurateur la somme de 10 $ par mois pour avoir le droit de s'asseoir dans la cuisine du restaurant et de manger ce que les clients avaient laissé dans leurs assiettes.

(2) Atteinte à la sécurité psychologique de la personne

376 Les conséquences psychologiques et sociales de l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du

assistance regime were equally devastating. The hardships and marginalization of poverty propel the individual into a spiral of isolation, depression, humiliation, low self-esteem, anxiety, stress and drug addiction. According to a 1987 enquiry by Santé Québec, one out of five indigent young adults attempted suicide or had suicidal thoughts. The situation was even more alarming among homeless youths in Montreal, 50 percent of whom reportedly attempted to take their own lives.

377 In my view, this evidence overwhelmingly demonstrates that the exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their fundamental right to security of the person and, at the margins, perhaps with their right to life as well. Freedom from state interference with bodily or psychological integrity is of little consolation to those who, like the claimants in this case, are faced with a daily struggle to meet their most basic bodily and psychological needs. To them, such a purely negative right to security of the person is essentially meaningless: theirs is a world in which the primary threats to security of the person come not from others, but from their own dire circumstances. In such cases, one can reasonably conclude that positive state action is what is required in order to breathe purpose and meaning into their s. 7 guaranteed rights.

C. *Can the State Be Held Accountable for the Claimants' Inability to Exercise their Section 7 Rights?*

378 In one sense, there appears to be considerable overlap between this third criterion for making out a successful underinclusion claim and the second criterion just discussed. In fact, once one establishes in accordance with the second criterion that a claimant's fundamental rights cannot be effectively exercised without government intervention, it is difficult to see what more would be required in order to demonstrate state accountability.

régime d'aide sociale étaient également dévastatrices. Les privations et la marginalisation rattachées à la pauvreté engagent la personne dans un engrenage d'isolement, de dépression, d'humiliation, de faible estime de soi, d'anxiété, de stress et de pharmacodépendance. Selon une enquête effectuée en 1987 par Santé Québec, un jeune adulte nécessiteux sur cinq a tenté de se suicider ou pensé à le faire. La situation était encore plus alarmante chez les jeunes sans-abri de Montréal, dont 50 p. 100 auraient, a-t-on rapporté, tenté de s'enlever la vie.

À mon avis, la preuve démontre de façon irrésistible que l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et peut-être même, dans certains cas extrêmes, à leur droit à la vie. Le droit de ne pas être victime d'atteintes par l'État à leur intégrité physique ou psychologique est une bien mince consolation pour les personnes qui, comme les demandeurs en l'espèce, doivent quotidiennement lutter pour subvenir à leurs besoins physiques et psychologiques les plus élémentaires. Pour eux, un tel droit purement négatif à la sécurité de la personne est essentiellement sans effet : dans leur monde, les menaces à la sécurité de leur personne ne viennent pas principalement d'autrui, mais bien des circonstances extrêmement difficiles dans lesquelles ils vivent. Dans ces cas, il est raisonnablement possible de conclure qu'une intervention concrète de l'État est nécessaire pour donner sens et effet aux droits garantis par l'art. 7.

C. *L'État peut-il être tenu responsable de l'incapacité des demandeurs à exercer les droits que leur garantit l'art. 7?*

D'un certain point de vue, ce troisième critère applicable pour établir le bien-fondé d'une plainte de non-inclusion semble, dans une large mesure, faire double emploi avec le deuxième critère que je viens d'examiner. En fait, dès que le demandeur a établi, conformément à ce deuxième critère, qu'il ne peut exercer ses droits fondamentaux de façon effective sans une intervention du gouvernement, il est difficile d'imaginer ce qu'il faut de plus pour démontrer la responsabilité de l'État.

The absence of a direct, positive action by the state may appear to create particular problems of causation. Of course, state accountability in this context cannot be conceived of along the same lines of causal responsibility as where there is affirmative state action that causally contributes to, and in some cases even determines, the infringement. By contrast, positive rights are violable by mere inaction on the part of the state. This may mean that one should not search for the same kind of causal nexus tying the state to the claimants' inability to exercise their fundamental freedoms. Such a nexus could only ever be established by pointing to some positive state action giving rise to the claimants' aggrieved condition. While this focus on state action is appropriate where one is considering the violation of a negative right, it imports a requirement that is inimical to the very idea of positive rights.

379 L'absence d'une mesure concrète et directe de l'État peut sembler créer certains problèmes en ce qui concerne la causalité. Il est évident que, dans le présent contexte, la responsabilité de l'État ne peut être considérée selon les paramètres ordinaires de responsabilité causale applicables lorsqu'il existe une mesure étatique concrète qui contribue causalement à l'atteinte ou même, dans certaines situations, constitue cette atteinte. À l'opposé, les droits positifs peuvent être violés par simple inaction de l'État. Cela peut vouloir dire qu'il ne faut pas rechercher le même type de lien de causalité rattachant l'État à l'incapacité des demandeurs d'exercer leurs libertés fondamentales. Un tel lien ne pourrait être établi qu'en trouvant une mesure étatique concrète ayant donné naissance au préjudice subi par les demandeurs. Bien qu'il soit approprié de s'attacher à déterminer l'existence ou non d'une mesure étatique lorsqu'on s'interroge sur la violation d'un droit négatif, une telle démarche a pour effet d'introduire une exigence incompatible avec la notion même de droits positifs.

Among the immediate implications of this is that the claimants in this case need not establish, in order to satisfy the third criterion, that the state can be held causally responsible for the socio-economic environment in which their s. 7 rights were threatened, nor do they need to establish that the government's inaction worsened their plight. Here, as in all claims asserting the infringement of a positive right, the focus is on whether the state is under an obligation of performance to alleviate the claimants' condition, and not on whether it can be held causally responsible for that condition in the first place.

380 Cette situation a notamment comme conséquence immédiate en l'espèce que, pour satisfaire au troisième critère, les demandeurs n'ont pas à prouver que l'État peut être tenu causalement responsable de l'environnement socio-économique dans lequel les droits que leur garantit l'art. 7 ont été menacés, ni d'ailleurs que l'inaction de l'État a aggravé leur sort. Dans la présente affaire, comme dans toute demande reprochant la violation d'un droit positif, il s'agit d'abord et avant tout de déterminer si l'État a l'obligation d'agir pour soulager la situation pénible des demandeurs et non pas s'il était à l'origine, sur le plan causal, de cette situation.

All of which indicates that government accountability in the context of claims of underinclusion is to be understood simply in terms of the existence of a positive state obligation to redress conditions for which the state may or may not be causally responsible. On this view, the third criterion serves the purpose of ensuring not only that government intervention is needed to secure the effective exercise of a claimant's fundamental rights or freedoms, but also that it is obligatory. This accords with much of the dicta in *Dunmore* explaining how it is

381 Tout cela indique que, dans le contexte d'une plainte de non-inclusion, la responsabilité de l'État dépend simplement de l'existence d'une obligation étatique positive de remédier à une situation dont il pourrait ou non être causalement responsable. Selon ce point de vue, le troisième critère fait en sorte que non seulement l'intervention de l'État est nécessaire pour garantir l'exercice effectif des libertés et droits fondamentaux du demandeur, mais également qu'elle a un caractère obligatoire. Ce point de vue s'accorde avec la plupart des observations

possible for government accountability to be established, not only by underinclusion that "orchestrates" or "encourages" the violation of fundamental freedoms, but also by underinclusion that "sustains" the violation (*Dunmore*, at para. 26). In conceiving of state accountability in terms of the breach of a positive duty of performance, it becomes possible for the first time to recognize how underinclusive legislation can violate a fundamental right by effectively turning a blind eye to, or sustaining, independently existing threats to that right.

382 A focus on state obligation was also the driving force behind this Court's finding in *Dunmore* that the government could be held accountable for the violation of the claimants' s. 2(*d*) rights in that case. It led to the search for a "minimum of state action" (para. 28) that would bring the government within reach of the *Charter* by engaging s. 32. Ultimately, the minimum of state action was satisfied in *Dunmore* by the mere fact that the government had chosen to legislate over matters of association. In this Court's view, that choice triggered a state obligation that invoked *Charter* scrutiny and removed any possibility of the state claiming lack of responsibility for the violation of associational rights (at para. 29):

> Once the state has chosen to regulate a private relationship such as that between employer and employee . . . it is unduly formalistic to consign that relationship to a "private sphere" that is impervious to *Charter* review. As Dean P. W. Hogg has stated, "(t)he effect of the governmental action restriction is that there is a private realm in which people are not obliged to subscribe to 'state' values, and into which constitutional norms do not intrude. The boundaries of that realm are marked, not by an *a priori* definition of what is 'private', but by the absence of statutory or other governmental intervention" (see *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 34-27).

formulées dans l'arrêt *Dunmore* et explique comment la responsabilité de l'État peut être établie non seulement lorsqu'une mesure non inclusive « orchestre » ou « encourage » la violation de libertés fondamentales, mais également lorsqu'une telle mesure « tolère » la violation (*Dunmore*, par. 26). En considérant que la responsabilité de l'État peut découler de la violation d'une obligation positive d'agir, il devient pour la première fois possible de reconnaître comment une mesure législative non inclusive peut contrevenir à un droit fondamental en faisant abstraction de menaces pesant de façon indépendante sur ce droit, en d'autres termes en les tolérant.

L'existence d'une obligation étatique a également constitué le principal fondement de la conclusion de la Cour, dans l'arrêt *Dunmore*, selon laquelle l'État pouvait dans cette affaire être tenu responsable de la violation des droits garantis aux demandeurs par l'al. 2*d*). La Cour s'est en conséquence demandé s'il existait un « minimum d'action gouvernementale » (par. 28) ayant pour effet d'assujettir le gouvernement à la *Charte* par application de l'art. 32. En définitive, dans l'arrêt *Dunmore*, l'exigence relative au minimum d'action gouvernementale était respectée du seul fait que le gouvernement avait choisi de légiférer en matière d'association. De l'avis de la Cour, cette décision avait créé pour l'État une obligation susceptible de contrôle au regard de la *Charte* et avait écarté toute possibilité que l'État plaide l'absence de responsabilité à l'égard de la violation des droits d'association (au par. 29) :

> Une fois que l'État a décidé de réglementer une relation d'ordre privé, comme celle entre employeur et employé, [. . .] il est trop formaliste d'assigner cette relation à un « domaine privé » qui échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Selon le doyen P. W. Hogg, [TRADUCTION] « l'effet de la restriction de l'action gouvernementale est qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux valeurs de "l'État" et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles n'interviennent pas. Les limites de ce domaine sont établies non pas par une définition a priori de ce qui est "privé", mais par l'absence d'intervention gouvernementale, législative ou autre » (voir *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 34-27).

There can be no doubt that these dicta apply with equal force to the instant appeal.

The *Social Aid Act* is quite clearly directed at addressing basic needs relating to the personal security and survival of indigent members of society. It is almost a cliché that the modern welfare state has developed in response to an obvious failure on the part of the free market economy to provide these basic needs for everyone. Were it necessary, this Court could take judicial notice of this fact in assessing the relevance of the *Social Aid Act* to the claimants' s. 7 rights. As it happens, any such necessity is mitigated by the fact that s. 6 of the Act explicitly sets out its objective: to provide supplemental aid to those who fall below a subsistence level.

Additional support for the proposition that the *Social Aid Act* is directed at securing the interests that s. 7 of the *Charter* was meant to protect can be found in various statements made by the Quebec government in a policy paper that ultimately led to the reform of the social assistance regime in 1989, putting an end to the differential treatment between younger and older welfare recipients. This paper was published in 1987 by the government of Quebec, and signed by Pierre Paradis (the then Minister of Manpower and Income Security). It is entitled *Pour une politique de sécurité du revenu*. In it, the Quebec government unequivocally states that it [TRANSLATION] "recognizes its duty and obligation to provide for the essential needs of persons who are unable to work." It then goes on to state that it must [TRANSLATION] "resolutely tackle the deficiencies" of the social assistance programs, which, it admits, "remain barriers to the autonomy and emancipation of welfare recipients". On the same page, the government specifically identifies the difference in treatment between younger and older welfare recipients as such a deficiency, describing it as a [TRANSLATION] "problem".

Il ne fait aucun doute que ces remarques s'appliquent au présent pourvoi et produisent le même effet.

383 La *Loi sur l'aide sociale* vise très clairement à répondre aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance. C'est presque un lieu commun de dire que l'État providence moderne a vu le jour par suite de l'incapacité évidente du régime de la libre entreprise de pourvoir aux besoins essentiels de chacun. Si la chose était nécessaire, la Cour pourrait prendre connaissance d'office de ce fait dans l'appréciation de l'importance de la *Loi sur l'aide sociale* en ce qui concerne les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. Il se trouve que ce besoin est atténué par le fait que l'art. 6 de la Loi énonce expressément l'objectif de celle-ci : fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné.

384 Le bien-fondé de la proposition selon laquelle la *Loi sur l'aide sociale* vise à garantir les droits que l'art. 7 de la *Charte* est censé protéger est également étayé par diverses déclarations du gouvernement du Québec, qui sont consignées dans un énoncé de politique ayant abouti à la réforme du régime d'aide sociale en 1989, réforme qui a aboli la différence de traitement entre les jeunes bénéficiaires d'aide sociale et leurs aînés. Ce document, intitulé *Pour une politique de sécurité du revenu*, a été publié en 1987 par le gouvernement du Québec, sous la plume de M. Pierre Paradis (ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du Revenu à l'époque). Dans ce document, le gouvernement du Québec dit sans équivoque que « l'État se reconnaît le devoir et l'obligation de pourvoir aux besoins essentiels des personnes inaptes au travail ». Il poursuit en affirmant qu'« [i]l faut [. . .] s'attaquer résolument aux failles » des programmes d'aide sociale « qui [. . .] demeurent autant d'entraves à l'autonomie et à l'émancipation du bénéficiaire ». Dans la même page, le gouvernement dit expressément que la différence de traitement entre les jeunes bénéficiaires et leurs aînés fait partie des déficiences du régime, la qualifiant de « problème ».

385 At the very least, these statements indicate that the *Social Aid Act* constituted an excursion into regulating the field of interests that generally fall within the rubric of s. 7 of the *Charter*. Legislative intervention aimed at providing for essential needs touching on the personal security and survival of indigent members of society is sufficient to satisfy whatever "minimum state action" requirement might be necessary in order to engage s. 32 of the *Charter*. By enacting the *Social Aid Act*, the Quebec government triggered a state obligation to ensure that any differential treatment or underinclusion in the provision of these essential needs did not run afoul of the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, and in particular by s. 7. It failed to discharge this obligation. The evidence shows that the underinclusion of welfare recipients aged 18 to 29 under the *Social Aid Act* substantially impeded their ability to exercise their right to personal security (and potentially even their right to life). In the circumstances, I must conclude that this effective lack of government intervention constituted a violation of their s. 7 rights.

Ces déclarations indiquent à tout le moins que la *Loi sur l'aide sociale* constituait une incursion dans la réglementation de droits qui relèvent habituellement de l'art. 7 de la *Charte*. Une intervention législative destinée à pourvoir aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance est suffisante pour satisfaire à toute condition d'application de l'art. 32 de la *Charte* qui requerrait l'existence d'un « minimum d'action gouvernementale ». En édictant la *Loi sur l'aide sociale*, le gouvernement du Québec a fait naître pour l'État l'obligation de s'assurer que toute différence de traitement ou non-inclusion concernant la prestation de ces services essentiels n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, tout particulièrement l'art. 7. Il ne s'est pas acquitté de cette obligation. La preuve démontre que la non-inclusion, dans la *Loi sur l'aide sociale*, des bénéficiaires d'aide sociale âgés de 18 à 29 ans a porté sensiblement atteinte à leur capacité d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne (et peut-être même leur droit à la vie). Dans les circonstances, il me faut conclure que cette absence concrète d'intervention gouvernementale a constitué une violation des droits garantis par l'art. 7 à ces bénéficiaires.

IV. The Principles of Fundamental Justice

386 Under most circumstances, it would now be necessary to determine whether this *prima facie* violation of the appellant's s. 7 rights was "in accordance with the principles of fundamental justice". Such an inquiry appears to have no application to this case for two reasons. First, my analysis indicates that the protection of positive rights is most naturally grounded in the first clause of s. 7, which provides a free-standing right to life, liberty and security of the person and makes no mention of the principles of fundamental justice. Moreover, as Lamer J. observed in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, 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." But positive rights, by nature violable by mere inaction on the part of the state, do not bring the justice system into motion by empowering agents of the state to actively curtail

IV. Les principes de justice fondamentale

Dans la plupart des cas, il serait maintenant nécessaire de se demander si cette atteinte à première vue aux droits garantis par l'art. 7 à l'appelante a été portée « en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cet examen ne semble pas requis en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, mon analyse révèle que la protection des droits positifs découle naturellement de la première partie de l'art. 7, qui reconnaît à chacun un droit autonome à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, sans faire mention des principes de justice fondamentale. En outre, comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, 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 ». Cependant, les droits positifs — susceptibles de violation par simple inaction de l'État — ne

the life, liberty and security of the person of individuals. The source of a positive rights violation is in the legislative process, which is of course itself quite distinct from the "inherent domain of the judiciary" and "the justice system" as it has been traditionally conceived. Indeed, the kinds of considerations that would serve to justify the decision to enact one form of protective legislation over another "lie in the realm of . . . public policy", which this Court has specifically divorced from the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice therefore have little relevance in the present circumstances, which invoke the inherent domain of the legislature and not that of the justice system.

In view of this, any limitation that might be placed on the s. 7 right asserted in this case — if not in all cases where it is a positive right that is asserted — must be found, not in the principles of fundamental justice, but in the reasonable limits prescribed by law that can be justified in a free and democratic society. Accordingly, it is to s. 1 that we must turn.

V. Section 1 of the *Charter*

As is apparent from the above, there is an onerous burden placed on claimants who seek to establish a positive right violation under s. 7 of the *Charter*. Apart from the justiciability concern — which, though not an issue in this case, may at times present a significant obstacle in the way of finding such a violation — claimants are faced with the unenviable task of providing a sound evidentiary basis for the conclusion that their s. 7 rights are rendered essentially meaningless without active government intervention.

The difficulty faced by claimants in this regard is partially justified by the fact that, once a violation of s. 7 has been established and there is a shift in

font pas entrer en jeu le système judiciaire en habilitant des agents de l'État à restreindre activement les droits de certains individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. La violation de droits positifs découle du processus législatif, lui-même évidemment très distinct « du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire » et du « système judiciaire » selon la conception traditionnelle de ces notions. De fait, les diverses considérations invoquées pour justifier la décision d'édicter une loi protectrice d'un certain type plutôt que d'un autre « relèvent [. . .] du domaine de l'ordre public », domaine que la Cour a expressément distingué des principes de justice fondamentale. Ces principes ont en conséquence peu de pertinence dans les présentes circonstances, qui sont l'apanage du législateur et non du système judiciaire.

387 Compte tenu de ce qui précède, la validité de toute limite susceptible de restreindre le droit garanti par l'art. 7 qui est revendiqué dans la présente affaire — voire dans toutes celles où un droit positif est invoqué — doit être appréciée au regard non pas des principes de justice fondamentale, mais plutôt de la question de savoir s'il s'agit d'une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En conséquence, nous allons procéder à l'examen fondé sur l'article premier.

V. L'article premier de la *Charte*

388 Il ressort clairement de ce qui précède qu'une lourde tâche attend les demandeurs qui tentent d'établir, au regard de l'art. 7 de la *Charte*, la violation d'un droit positif. Indépendamment de la question de la justiciabilité — qui, bien qu'elle ne se pose pas en l'espèce, peut à l'occasion constituer un obstacle important à la conclusion qu'il existe une telle violation —, les demandeurs ont la tâche peu enviable d'apporter des éléments de preuve suffisamment solides pour permettre au tribunal de conclure que les droits que leur garantit l'art. 7 sont essentiellement ineffectifs sans intervention active de l'État.

389 La difficulté à laquelle se heurte les demandeurs à cet égard s'explique en partie par le fait que le gouvernement doit s'acquitter d'une tâche aussi lourde

the burden of showing that the violation is demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law, a similarly onerous task awaits the government. Lamer C.J.'s comments in *G. (J.)*, *supra*, at para. 99, indicate why this must be so:

> Section 7 violations are not easily saved by s. 1. . . .This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice . . . be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

Of course, only the first of these two rationales applies to the case at bar. Since there is no need to find that the violation of a positive right under s. 7 accords with the principles of fundamental justice, the second rationale does not come into play. To that extent, the violation of such a right may be somewhat easier to justify under s. 1. Still, the rights enshrined in s. 7, whether positive or negative, are of sufficient importance that they "cannot ordinarily be overridden by competing social interests".

390 There are, in addition, more general constraints on s. 1 justification discussed above, such that a limitation on *Charter* rights under that section will only be justified where it furthers the values at which the rights are themselves directed. These constraints magnify the difficulty of the government's task in showing that the impugned violation is justified.

391 In this case, the legislated differential treatment, or underinclusion, is purportedly directed at: (1) preventing the attraction of young adults to social assistance; and (2) facilitating their integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. Insofar as either of these "double objectives" is understood as being

dès qu'une violation de l'art. 7 a été établie et qu'il y a déplacement de la charge de la preuve obligeant l'État à montrer qu'il s'agit d'une violation dont la justification peut se démontrer en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit. Les commentaires suivants du juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, par. 99, indiquent pourquoi il doit en être ainsi :

> Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier [. . .] Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale [. . .] sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il va de soi que seule la première de ces deux raisons s'applique en l'espèce. Comme il n'est pas nécessaire de décider si la violation d'un droit positif garanti par l'art. 7 est conforme aux principes de justice fondamentale, la deuxième raison n'entre pas en jeu. Dans cette mesure la violation d'un tel droit pourrait être un peu plus facile à justifier au regard de l'article premier. Néanmoins, les droits consacrés à l'art. 7 — qu'il s'agisse de droits positifs ou de droits négatifs — sont à ce point importants que, « généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux ».

De plus, comme on l'a vu précédemment, des contraintes plus générales s'appliquent à la justification requise par l'article premier, de sorte que, suivant cette disposition, la limitation de droits garantis par la *Charte* ne sera justifiée que si elle sert les valeurs qui sous-tendent ces droits. Ces contraintes accentuent la difficulté à laquelle se heurte le gouvernement lorsqu'il doit justifier la violation contestée.

En l'occurrence, la différence de traitement — ou non-inclusion — prévue par la loi est censée : (1) prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ces derniers dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. Dans la mesure où l'un ou l'autre de ces « deux

principally driven by cost considerations, it would fail (barring cases of prohibitive cost) to be pressing and substantial. However, it is possible to frame these objectives in such a way as to ensure that they are properly adapted to the justificatory analysis under s. 1 by focusing instead on their long-term tendency to promote the liberty and inherent dignity of young people. Thus framed, they might indeed satisfy the "pressing and substantial objective" requirement under *Oakes*.

The problem, in my view, is that subsequent stages of the *Oakes* analysis raise doubts concerning the appropriateness of framing the objectives in this manner. For example, it is difficult to accept that denial of the basic means of subsistence is rationally connected to values of promoting the long-term liberty and inherent dignity of young adults. Indeed, the long-term importance of continuing education and integration into the workforce is undermined where those at whom such "help" is directed cannot meet their basic short-term subsistence requirements. Without the ability to secure the immediate needs of the present, the future is little more than a far-off possibility, remote both in perception and in reality. We have already seen, for example, how the inability to afford a telephone, suitable clothes and transportation makes job hunting difficult if not impossible. More drastically, inadequate food and shelter interfere with the capacity both for learning as well as for work itself. There appears, therefore, to be little rational connection between the objectives, as tentatively framed, and the means adopted in pursuit of those objectives.

Moreover, I agree with Bastarache J.'s finding that those means were not minimally impairing in a number of ways: (1) not all of the programs provided participants with a full top-up to the basic level; (2) there were temporal gaps in the availability of the various programs to willing participants; (3) some of the most needy welfare recipients — the illiterate and severely undereducated — could not participate

objectifs » serait inspiré par des considérations financières, il ne serait pas (sauf en cas de dépenses faramineuses) urgent et réel. Cependant, il est possible de formuler ces objectifs de façon à les adapter à l'analyse justificative faite en vertu de l'article premier, en mettant plutôt l'accent sur le fait qu'ils tendent à favoriser à long terme la liberté et la dignité inhérente des jeunes. Ainsi formulés, ces objectifs pourraient en effet satisfaire à la condition requérant l'existence d'un « objectif urgent et réel » que prévoit le critère élaboré dans l'arrêt *Oakes*.

392 À mon avis, le problème est que l'application des étapes subséquentes de l'analyse prévue par l'arrêt *Oakes* soulève des doutes quant à l'opportunité de formuler les objectifs de cette manière. Par exemple, il est difficile d'accepter que la négation des moyens élémentaires de subsistance puisse avoir un lien rationnel avec les valeurs qu'on tend à favoriser, à savoir la liberté et la dignité inhérente des jeunes adultes à long terme. De fait, la valeur à long terme de la formation permanente et de l'intégration dans la population active est compromise lorsque ceux à qui « l'aide » s'adresse sont incapables de pourvoir à leurs besoins essentiels à court terme. Pour les personnes incapables de subvenir à leurs besoins immédiats, le futur ne représente tout au plus qu'une distante possibilité, autant dans leur esprit que dans leur réalité. Par exemple, nous avons vu plus tôt comment l'incapacité de se payer le téléphone, des vêtements convenables et des déplacements rendait difficile, sinon impossible, la recherche d'un emploi. Facteur plus grave encore, le fait d'être privé d'une alimentation et d'un logement convenables affectent autant la capacité d'apprendre que celle de travailler. Par conséquent, il ne semble pas y avoir de lien vraiment rationnel entre les objectifs, tels qu'ils ont été proposés, et les moyens adoptés pour les réaliser.

393 En outre, à l'instar du juge Bastarache, j'estime que l'atteinte causée par ces moyens n'était pas minimale, et ce pour plusieurs raisons : (1) ce ne sont pas tous les programmes qui permettaient aux participants de hausser leurs prestations au niveau de la prestation de base; (2) il y avait des périodes d'attente entre les programmes offerts aux participants intéressés; (3) certains des prestataires les plus

in certain programs; (4) only 30 000 program places were made available in spite of the fact that 85 000 single young adults were on social assistance at the time. As my colleague points out, this last factor in particular "brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) was geared towards improving the [long-term] situation of those under 30, as opposed to simply saving money" (para. 283). Thus, at the minimal impairment stage of the *Oakes* test, there is additional cause for doubting whether the legislated distinction at issue can be properly characterized as being directed at furthering the long-term liberty and dignity of the claimants.

394 This is sufficient, in my view, to establish that the government has not in this case discharged the always heavy burden of justifying a *prima facie* violation of s. 7 under s. 1. I note in passing that it will be a rare case indeed in which the government can successfully claim that the deleterious effects of denying welfare recipients their most basic requirements are proportional to the salutary effects of doing so in contemplation of long-term benefits, for reasons that are largely encompassed by my discussion of rational connection. This is not that rare case. For this reason among others, I find that the violation of the claimants' right to life, liberty and security of the person is not saved by s. 1.

VI. Section 15(1) of the *Charter*

395 Having found a violation of s. 7 of the *Charter*, it is not strictly necessary for me to determine whether the impugned provisions also violate s. 15(1). I am, however, in general agreement with my colleague Bastarache J.'s analysis and conclusions on that issue. As he does, I would find that the impugned provision of the regulations under the *Social Aid Act* infringes s. 15 of the *Charter* and that the infringement is not saved by s. 1. The infringement

nécessiteux — les analphabètes et les personnes gravement sous-scolarisées — ne pouvaient participer à certains programmes; (4) ces programmes ne comptaient que 30 000 places, alors qu'on dénombrait à l'époque pertinente 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale. Comme le souligne mon collègue, ce dernier facteur en particulier « incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies » (par. 283). Par conséquent, à l'étape de l'atteinte minimale de l'analyse prévue par le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, il existe des raisons supplémentaires de se demander s'il est justifié d'affirmer que la distinction litigieuse établie par le texte de loi tendait à favoriser la liberté et la dignité à long terme des demandeurs.

À mon avis, cela suffit pour établir que, en l'espèce, le gouvernement ne s'est pas acquitté de la tâche, par ailleurs toujours lourde, de justifier une violation à première vue de l'art. 7 au regard de l'article premier. En passant, je tiens à signaler que, pour des raisons que j'ai en grande partie exposées dans mon analyse de la question du lien rationnel, il arrivera d'ailleurs rarement que le gouvernement pourra plaider avec succès que les effets préjudiciables du fait de refuser aux bénéficiaires d'aide sociale leurs besoins les plus élémentaires sont proportionnés aux effets bénéfiques à long terme d'une telle mesure. Nous ne sommes pas en présence d'un de ces rares cas. Notamment pour cette raison, je conclus que la violation du droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

VI. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Ayant conclu à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, je n'ai pas à me demander si les dispositions attaquées contreviennent également au par. 15(1). Je suis toutefois généralement en accord avec l'analyse et les conclusions de mon collègue le juge Bastarache sur la question. Tout comme lui, j'estime que la disposition contestée du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale* viole l'art. 15 de la *Charte* et que cette violation n'est pas justifiée

cannot be saved by s. 1 for substantially the same reasons discussed above in relation to the s. 7 violation.

VII. Section 45 of the Quebec *Charter*

I also agree with my colleague Bastarache J. that s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, establishes a positive right to a minimal standard of living but that this right cannot be enforced under ss. 52 or 49 in the circumstances of this case. Indeed, s. 45 falls outside the expressly defined ambit of s. 52; it is consequently of no assistance to the appellant. Moreover, since there is no question of wrongful conduct or negligence on the part of the legislature, s. 49 cannot be resorted to either. The right that is provided for in s. 45, while not enforceable here, stands nevertheless as a strong political and moral benchmark in Quebec society and a reminder of the most fundamental requirements of that province's social compact. In that sense, its symbolic and political force cannot be underestimated.

VIII. Damages

Finally, I am in substantial agreement with the analysis of my colleague Bastarache J. with regard to remedy. Were the impugned provision of the Regulation still in force, I would have declared it unconstitutional pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* as it violates the fundamental right to security of the person guaranteed under s. 7 of the *Charter*. I would have also ordered that the declaration of invalidity be suspended for a sufficient period of time to give the government an adequate opportunity to correct the legislation. However, the impugned social assistance regime having been repealed, this point is now moot.

The appellant also seeks monetary compensation for herself and for the members of her class. For the reasons invoked by Bastarache J., I too find this case ill-suited for the concomitant application of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 24 of the *Charter*.

au regard de l'article premier, et ce essentiellement pour les raisons exposées précédemment à l'égard de la violation de l'art. 7.

VII. L'article 45 de la *Charte* québécoise

396 À l'instar de mon collègue le juge Bastarache, j'estime que l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés du Québec*, L.R.Q., ch. C-12, établit un droit positif à un niveau de vie minimal, mais que le respect de ce droit ne peut être imposé en vertu des art. 52 ou 49 dans les circonstances du présent pourvoi. De fait, comme l'art. 45 se trouve hors du champ d'application par ailleurs expressément défini de l'art. 52, il n'est en conséquence d'aucune utilité à l'appelante. Qui plus est, puisqu'il n'est aucunement question de conduite fautive ou de négligence de la part du législateur, l'art. 49 ne peut pas lui non plus être invoqué. Quoique le respect du droit prévu à l'art. 45 ne puisse être imposé en l'espèce, ce droit constitue néanmoins un bon point de référence politique et moral dans la société québécoise, ainsi qu'un rappel des exigences les plus fondamentales du contrat social entre la province et ses citoyens. En ce sens, on ne saurait sous-estimer sa valeur symbolique et politique.

VIII. Dommages-intérêts

397 Enfin, je souscris pour l'essentiel à l'analyse de mon collègue le juge Bastarache sur la question de la réparation. Si la disposition réglementaire contestée était encore en vigueur, je l'aurais déclarée inconstitutionnelle en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'elle porte atteinte au droit fondamental de chacun à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. J'aurais également ordonné la suspension de cette déclaration d'invalidité pendant un délai suffisant pour permettre au gouvernement de modifier le texte de loi. Cependant, vu l'abrogation du régime d'aide sociale contesté, la question est maintenant devenue théorique.

398 L'appelante demande également une indemnité pécuniaire pour elle-même et pour les membres du groupe dont elle fait partie. Pour les motifs exposés par le juge Bastarache, j'estime moi aussi que le présent pourvoi se prête mal à l'application

I wish to note however that the financial impact of an hypothetical award on the province of Quebec would probably be less of a burden than surmised by my colleague. Indeed, the various remedial programs that failed to address the appellant's needs in this case were *Charter* proof until April 1989, protected as they were by a notwithstanding clause in their enabling statute (S.Q. 1984, c. 5, s. 4). This means that the programs' role in the *Charter* violation in this case could only be assessed within a 4-month window, representing the time between the expiry of the notwithstanding clause and the repeal of the impugned legislation.

399 Even though this affects the extent of the violation, it has no impact in my view on the usefulness of the whole of the evidence presented in this case as to the existence of the right and the nature of the infringement. The fact that *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5, and the programs it enacted were shielded from the *Charter* until April 1989 is a matter that goes to the scope or extent of the breach. It does not change the fact that a breach occurred.

IX. Conclusion

400 For these reasons, I would allow the appeal and I would answer the stated constitutional questions as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

Yes.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

concomitante de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 24 de la *Charte*. Toutefois, je tiens à souligner que les répercussions financières d'une hypothétique condamnation de la province de Québec à des dommages-intérêts seraient probablement moins importantes que le présume mon collègue. En effet, les divers programmes correctifs qui n'ont pas su répondre aux besoins de l'appelante en l'espèce étaient soustraits à l'application de la *Charte* jusqu'en avril 1989, étant protégés par une disposition d'exemption dans la loi autorisant leur création (L.Q. 1984, ch. 5, art. 4). Cela signifie que l'évaluation du rôle des programmes dans la violation de la *Charte* ne pourrait porter que sur une période de quatre mois, c'est-à-dire le temps écoulé entre l'expiration de la disposition d'exemption et l'abrogation de la mesure législative contestée.

Bien que ce fait ait une incidence sur l'étendue de la violation, il n'a selon moi aucun effet sur l'utilité de l'ensemble des éléments de preuve présentés en l'espèce relativement à l'existence du droit invoqué et à la nature de la violation. Le fait que la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5, et les programmes établis sous son régime aient été soustraits à l'application de la *Charte* jusqu'en avril 1989 concerne l'ampleur ou l'étendue de la violation, mais ne change par ailleurs rien au fait qu'il s'est produit une violation.

IX. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles qui ont été formulées :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

Yes, the section infringed s. 7 by denying those to whom it applied of their right to security of the person.

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

English version of the reasons delivered by

LeBel J. (dissenting) —

I. Introduction

I have read with interest the opinion of my colleague Justice Bastarache. I am in overall agreement with his reasons concerning the application of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and I concur in the disposition he proposes. However, while I acknowledge that the appellant was unable to establish a violation of s. 7 of the *Canadian Charter*, I am unable, with respect, to agree with the interpretation and application he suggests. Finally, in the discussion of s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), I believe that certain unique aspects of the *Quebec Charter*, and the nature of the economic rights that it protects, merit a few additional comments.

II. Section 15 of the *Canadian Charter*

It is not disputed in this case that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, establishes a formal distinction between the appellant (and members of her group) and other social aid recipients based on a personal characteristic, namely age. The appeal essentially relates

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Oui, la disposition en question violait l'art. 7 en refusant aux personnes qu'elle visait le droit à la sécurité de leur personne.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

Le juge LeBel (dissident) —

I. Introduction

401 J'ai lu avec intérêt l'opinion de mon collègue le juge Bastarache. Je souscris de façon générale à ses motifs sur l'application de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et je suis d'accord avec le dispositif qu'il propose. Par ailleurs, bien que je reconnaisse que l'appelante n'a pu établir une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, avec égards, je ne peux cependant me rallier à l'interprétation et à l'application qu'il en suggère. Enfin, à l'occasion de la discussion de l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), je crois utile d'ajouter quelques commentaires sur le particularisme de certains aspects de la *Charte québécoise* et d'examiner la nature des droits économiques qu'elle protège.

II. L'article 15 de la *Charte canadienne*

402 Il n'est pas contesté dans la présente affaire que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, établit une distinction formelle entre l'appelante (et les membres de son groupe) et les autres bénéficiaires d'aide sociale sur la base d'une caractéristique personnelle, soit l'âge. Le

to the third element in the analysis under s. 15 of the *Canadian Charter*, which involves determining whether the distinction in issue is discriminatory. For the reasons given by my colleague Bastarache J., and for the following reasons, I am of the opinion that s. 29(*a*), when taken in isolation or considered in light of all employability programs, discriminates against recipients under 30 years of age.

403 Differential treatment becomes discriminatory when it violates the human dignity and freedom of the individual. This will be the case where the differential treatment reflects a stereotypical application of presumed personal or group characteristics, or where it perpetuates or promotes the view that the individual concerned is less capable or less worthy of respect and recognition as a human being or as a member of Canadian society.

404 It should first be noted that in this case, the distinction was based on a ground expressly enumerated in s. 15(1) of the *Canadian Charter*. In such circumstances, it is much easier to conclude that the distinction violates the innate dignity of the individual, as Iacobucci J. held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. However, when compared to the other enumerated or analogous grounds, age is unique in that a distinction based on age may, in some cases, reflect the needs and abilities of individuals. In *Law*, for example, the Supreme Court upheld a distinction based on age in the Canada Pension Plan (CPP) on the ground that the distinction was not discriminatory. The CPP provided that a person must have reached the age of 35 in order to receive surviving spouse benefits. This Court reached that conclusion because the distinction based on age is justified by the actual (not stereotypical) capacity of individuals under the age of 35 to support themselves in the long term.

405 In this case, the distinction based on age, unlike the distinction at issue in *Law*, does not reflect either the needs or the abilities of social aid recipients

pourvoi porte essentiellement sur le troisième volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte canadienne* qui consiste à rechercher si la distinction en cause est discriminatoire. Pour les raisons exposées par mon collègue le juge Bastarache et les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'al. 29*a*), pris isolément ou considéré à la lumière de l'ensemble des programmes d'employabilité, est discriminatoire à l'endroit des bénéficiaires de moins de 30 ans.

Une différence de traitement devient discriminatoire lorsqu'elle porte atteinte à la dignité et à la liberté humaine de l'individu. Il en est ainsi lorsque la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne.

Tout d'abord, il convient de souligner qu'en l'espèce, la distinction se fonde sur un motif expressément énuméré au par. 15(1) de la *Charte canadienne*. Dans de telles circonstances, il est beaucoup plus facile de conclure que la distinction porte atteinte à la dignité essentielle de l'individu, comme l'affirme d'ailleurs le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Toutefois, comparativement aux autres motifs énumérés ou analogues, l'âge est particulier en ce sens qu'une distinction fondée sur l'âge peut dans certains cas correspondre aux besoins et aux capacités des individus. Dans l'affaire *Law*, par exemple, la Cour suprême a validé une distinction fondée sur l'âge prévue au Régime de pensions du Canada (RPC) au motif qu'elle n'était pas discriminatoire. Le RPC fixait un âge minimum de 35 ans pour toucher des prestations de conjoint survivant. La Cour estimait que la distinction fondée sur l'âge était justifiée par la capacité réelle (et non stéréotypée) des individus de moins de 35 ans de mieux subvenir à leurs besoins à long terme.

En l'espèce, contrairement à la distinction en cause dans l'affaire *Law*, la distinction fondée sur l'âge ne correspond ni aux besoins ni aux capacités

under 30 years of age. The ordinary needs of young people are not so different from the needs of their elders as to justify such a pronounced discrepancy between the two groups' benefits. As well, young people are no more able to find or keep a job during an economic slowdown than are their elders. In fact, young people are the first to feel the impact of an economic crisis on the labour market. Because they have little experience or seniority, they are at the top of the list for termination and lay-off (see the report by Louis Ascah, *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec: un regard économique* (1988)). Also, because the distinction made by the social aid scheme was justified by the fact that young people are able to survive a period of economic crisis better, I, like Bastarache J., am of the opinion that this distinction perpetuated a stereotypical view of young people's situation on the labour market.

My colleague McLachlin C.J. says that the Quebec government was under no illusions as to the ability of young people to keep a job in a period of economic crisis. In her view, the Quebec government knew perfectly well that they would be the first to suffer the negative effects of the difficulties in the economy. This was in fact the reason why the government created the employability programs, which were designed to make up for lack of training or experience. Those programs assisted young people to re-enter the labour market, while counteracting the negative effects on vocational development of prolonged periods out of the productive workforce.

I am prepared to concede that the Quebec government knew that young people are particularly vulnerable during an economic slowdown. As well, I readily acknowledge that the government sincerely believed that it was helping young people by making the payment of full benefits conditional on participation in an employability program. Nonetheless, the distinction made by the social aid scheme did not reflect the needs of young social assistance recipients under the age of 30. By trying to combat the pull of social assistance, for the "good" of the young

des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Les besoins ordinaires des jeunes ne se différencient pas de ceux de leurs aînés au point de justifier un écart si prononcé entre leurs prestations. De même, la capacité des jeunes à se trouver ou à conserver un emploi en période de ralentissement économique n'est pas supérieure à celle de leurs aînés. Au contraire, les jeunes sont les premiers à subir les contrecoups d'une crise économique sur le marché de l'emploi. En raison de leur peu d'expérience ou d'ancienneté, ils se retrouvent en tête des listes de licenciements et de mises à pied (voir le rapport d'expertise de Louis Ascah, *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec : un regard économique* (1988)). Aussi, dans la mesure où la distinction établie par le régime d'aide sociale était justifiée par la capacité des jeunes à mieux survivre une période de crise économique, je suis d'avis, à l'instar du juge Bastarache, que cette distinction perpétuait une vision stéréotypée de la situation des jeunes sur le marché du travail.

406 Ma collègue, le juge en chef McLachlin, affirme que le gouvernement québécois n'entretenait pas d'illusions quant à l'aptitude des jeunes à conserver un emploi en période de crise économique. Selon elle, le gouvernement québécois savait pertinemment qu'ils étaient les premiers à subir les chocs provoqués par les difficultés de l'économie. C'est d'ailleurs pour cette raison que le gouvernement a mis sur pied les programmes d'employabilité. Destinés à combler le manque de formation ou d'expérience, ces programmes visaient à aider les jeunes à se réinsérer dans le marché du travail tout en contrant les effets pervers d'une inactivité prolongée sur le développement professionnel.

407 Je suis prêt à concéder que le gouvernement québécois connaissait la vulnérabilité particulière des jeunes en période de ralentissement économique. Je reconnais d'emblée, par ailleurs, que le gouvernement croyait sincèrement aider les jeunes en conditionnant le versement d'une pleine prestation à la participation à un programme d'employabilité. Néanmoins, la distinction établie par le régime d'aide sociale ne correspondait pas aux besoins des jeunes assistés sociaux de moins de 30 ans. En cherchant à contrer l'effet d'attraction de l'aide sociale

people themselves who depended on it, the distinction perpetuated the stereotypical view that a majority of young social assistance recipients choose to freeload off society permanently and have no desire to get out of that comfortable situation. There is no basis for that vision of young social assistance recipients as "parasites". It has been disproved by numerous experts. For instance, in a 1986 study prepared for the Quebec government's Commission consultative sur le travail (*Les jeunes et le marché du travail* (1986)), Professor Gilles Guérin wrote, *inter alia* (at p. 65):

[TRANSLATION] An estimated proportion of 91% of young people (counting only those capable of working) perceive their situation on social aid as temporary and have a fierce desire to work, to have a "real" job, to collect a "real" wage, and to acquire socio-economic autonomy. An IQOP study shows that young people value being productive workers, that it is preferable in their eyes to hold a job, even one that does not interest them, than to be unemployed. The myth of the young social assistance recipient who is capable of working and is happy with social assistance is therefore completely false; work is what is most highly valued by the people around them, their friends and family and their neighbours, and by the young people themselves. [Emphasis added.]

408 As well, in *Le plein emploi: pourquoi?* (1983), L. Poulin Simon and D. Bellemare found that where income was equal, a majority of people in Quebec preferred work to unemployment. While the authors made no absolute statements, they came to substantially the same conclusions with respect to those statistics (at p. 66):

[TRANSLATION] These results add to the doubt there might be as to the strictly utilitarian economic hypothesis that predicts that where income is equal, workers generally prefer not working to working. In our opinion, that hypothesis derives from a medieval view of economic reality, where work was a degrading activity with no intrinsic value; the serfs worked while the lords were content to amuse themselves. In an advanced industrial economy, the reality of work would seem to be quite a different matter.

409 Young social assistance recipients in the 1980s certainly did not latch onto social assistance out of laziness; they were stuck receiving welfare because there were no jobs available. Economists who

pour le « bien » même des jeunes qui en dépendaient, la distinction perpétuait une vision stéréotypée selon laquelle la plupart des jeunes assistés sociaux choisissent de vivre de façon permanente aux crochets de la société sans désir aucun de quitter cette situation fort confortable. Or, cette conception du jeune assisté social comme « individu-parasite » est sans fondement. Elle est démentie par plusieurs experts. Ainsi, dans une étude préparée en 1986 pour la Commission consultative sur le travail du gouvernement du Québec (*Les jeunes et le marché du travail* (1986)), le professeur Gilles Guérin écrivait entre autres (à la p. 65) :

Dans une proportion estimée à 91% (des aptes au travail uniquement), [l]es jeunes perçoivent leur situation à l'aide sociale comme temporaire et ils désirent farouchement travailler, avoir un « vrai » emploi, toucher un « vrai » salaire et acquérir leur autonomie socio-économique. D'après une enquête IQOP, les jeunes valorisent tellement le fait d'être travailleur actif, qu'à leurs yeux il est préférable d'occuper un emploi, même sans intérêt, plutôt que d'être en chômage. Le mythe du jeune assisté social apte au travail qui se complaît à l'aide sociale est donc complètement faux; le travail est ce qui est le plus valorisé par leur entourage, leurs amis, leur famille, leurs voisins et par eux-mêmes. [Je souligne.]

De même, dans leur ouvrage, *Le plein emploi : pourquoi?* (1983), les auteures L. Poulin Simon et D. Bellemare constatent qu'à revenu égal, une majorité de Québécois préfèrent le travail au chômage. Sans être aussi catégoriques, elles formulent sensiblement les mêmes conclusions sur ces statistiques (à la p. 66) :

Ces résultats renforcent les doutes qu'on peut entretenir à l'égard du postulat économique strictement utilitariste qui prédit qu'à revenu égal, les travailleurs préféreront généralement l'inactivité au travail. Ce postulat découle, à notre avis, d'une vision médiévale de la réalité économique où le travail était une activité avilissante et sans valeur intrinsèque; les serfs travaillaient tandis que les seigneurs se complaisaient dans des activités de loisir. Dans une économie industrielle avancée, la réalité du travail apparaît tout à fait différente.

Loin de se cramponner à l'aide sociale par paresse, les jeunes assistés sociaux des années 80 sont demeurés tributaires de l'aide sociale faute d'emplois disponibles. Les économistes qui ont

studied the labour market during that period unanimously recognize the gradual but universal shrinkage in the number of jobs in the economy since 1966 (and especially since 1974) as the primary factor in the meteoric rise in the unemployment rate among young people. For instance, in his report "Le chômage des jeunes au Québec: aggravation et concentration (1966-1982)" (1984), 39 *Relations Industrielles* 419, the economist Pierre Fortin attributed three quarters of the rise in the average unemployment rate among all young people, from 6 percent to 23 percent, since 1966 to the general deterioration of the economy, together with young people's much greater vulnerability to any slowdown in overall employment prospects. In his view, the extreme sensitivity of the youth unemployment rate to general conditions in the economy confirms that a very large majority of young people want to work and are capable of doing productive work when there are jobs for them. Accordingly, the real solution to the youth unemployment rate, he says, lies in a full employment policy for all workers, and not a simple employment incentive mechanism incorporated as part of social assistance programs.

Obviously, it is too easy to pass harsh judgment on the actions of a government after the fact. I certainly do not intend to dispute the appropriateness of offering incentives to work that may legitimately be the subject of a political debate. However, even if the Quebec government could validly encourage young people to work, the approach adopted discriminates between social aid recipients under 30 years of age and those who are 30 years of age and over, for no valid reason, and perpetuates the prejudiced notion that the former tend to be happy being dependent on the state, even though they are better able to make a go of things than their elders during periods of economic slowdown. With due respect for the opinion of the Chief Justice, I do not believe that the only way for the Quebec government to secure participation in those programs was to make the payment of full benefits conditional on participation in an employability program. There is nothing in the evidence that establishes that the people who did participate in the programs would not have participated without a financial incentive, nor is there anything from which that can be assumed. In my view, the

étudié le marché du travail à cette époque reconnaissent unanimement la raréfaction progressive, mais généralisée, des emplois dans l'économie depuis 1966 (et surtout depuis 1974) comme facteur premier de l'aggravation foudroyante du taux de chômage des jeunes. Ainsi, dans son rapport d'expertise « Le chômage des jeunes au Québec : aggravation et concentration (1966-1982) » (1984), 39 *Relations Industrielles* 419, l'économiste Pierre Fortin attribue les trois quarts de l'augmentation de 6 à 23 p. 100 du taux de chômage moyen de l'ensemble des jeunes depuis 1966 à la détérioration générale de l'économie, alliée à la vulnérabilité beaucoup plus forte des jeunes à tout relâchement des perspectives globales de l'emploi. Selon lui, cette vive sensibilité du taux de chômage des jeunes aux conditions générales de l'économie confirme que la très grande majorité des jeunes veulent travailler et sont capables de travail productif lorsque des emplois sont disponibles. En conséquence, la véritable solution au taux de chômage des jeunes serait une politique de plein emploi pour tous les travailleurs et non un simple mécanisme d'incitation au travail, dans le cadre de programmes d'aide sociale.

410 Évidemment, il serait trop facile après coup de porter des jugements sévères sur les mesures prises par un gouvernement. Je n'entends certes pas contester la pertinence d'incitations au travail dont la nature peut faire légitimement l'objet d'un débat politique. Toutefois, même si le gouvernement québécois pouvait valablement chercher à inciter les jeunes au travail, la solution retenue discriminait sans motif valable entre les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus, tout en perpétuant le préjugé que les premiers tendent à se complaire dans un état de dépendance envers l'État, bien qu'ils se tirent mieux d'affaire que leurs aînés en période de ralentissement économique. Avec égards pour l'opinion du juge en chef McLachlin, je ne crois pas que le seul moyen pour le gouvernement québécois d'assurer la participation aux programmes était de rendre conditionnel le versement d'une pleine prestation à la participation à un programme d'employabilité. Rien dans la preuve ne démontre que les personnes qui ont participé aux programmes n'y auraient pas participé sans incitatif financier. Rien davantage ne permet de le présumer.

Quebec government could have achieved its objective of developing employability just as well without abandoning recipients under the age of 30 to these paltry benefits.

411 In addition to the underlying stereotypes, the social aid scheme has too many other defects that would be sufficient on their own to support a finding that s. 15 of the *Canadian Charter* was violated. My colleague Bastarache J. alluded to, *inter alia*, the restrictions placed on participation in employability programs. I will not repeat his comments, but I would like to add that the programs lasted for a maximum of 12 months. At the end of that time, recipients did not qualify for full benefits. They had to participate in an employability program again (and even several times) in order to avoid the harsh reality of reduced benefits. As well, if they were still unable to find a job, young social assistance recipients, even those who had participated in all the programs offered, would again receive the "small scale". In my view, once a recipient had participated in a program and made every effort to find a job, the scheme should have provided for payment of benefits equivalent to the benefits paid to recipients 30 years of age and over.

412 In addition to these inconsistencies in the system, the evidence shows that implementation of the programs was delayed by administrative constraints, and some recipients therefore had to wait several months before they were able to take part in an employability program. Louise Bourassa, director of workforce and income security programs, in fact acknowledged in her testimony that the Department had received complaints that some recipients were on waiting lists. It appears that between the time someone registered for a program and the time the program started, reduced benefits continued to be paid.

413 All of these defects in the scheme, together with the preconceived ideas that underpinned it, necessarily lead to the conclusion that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid* infringed the equality right of recipients under 30 years of age.

À mon avis, le gouvernement québécois aurait tout aussi bien pu atteindre son objectif de développer l'employabilité sans condamner à une prestation dérisoire les bénéficiaires de moins de 30 ans.

Par ailleurs, au-delà des stéréotypes qui le sous-tendent, le régime d'aide sociale comporte trop de déficiences qui constituent à elles seules une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Mon collègue le juge Bastarache fait allusion, notamment, aux restrictions qui affectaient la participation aux programmes d'employabilité. Il est inutile de répéter ses commentaires. Je désire cependant ajouter que les programmes étaient d'une durée maximale de 12 mois. Au terme de ces 12 mois, les bénéficiaires ne se qualifiaient pas pour une pleine prestation. Ils devaient participer à nouveau (et même plusieurs fois) à un programme d'employabilité pour échapper à la réduction de leurs prestations. Enfin, s'il ne trouvait pas d'emploi, le jeune assisté social, qui aurait pourtant participé à tous les programmes offerts, recevait à nouveau le « petit barème ». À mon avis, dès lors que le bénéficiaire avait participé à un programme et qu'il avait déployé tous les efforts pour se trouver un emploi, le régime aurait dû le rendre admissible au paiement d'une prestation équivalente à celle versée aux bénéficiaires de 30 ans et plus.

Outre ces incohérences du système, la preuve démontre que des contraintes administratives ont ralenti la mise en œuvre des programmes. En conséquence, plusieurs bénéficiaires ont dû attendre plusieurs mois avant de pouvoir prendre part à un programme d'employabilité. Madame Louise Bourassa, directrice des programmes de main-d'œuvre et de sécurité du revenu, a d'ailleurs reconnu dans son témoignage que le ministère avait reçu des plaintes que certains prestataires se trouvaient sur des listes d'attente. Or, il appert que, entre l'inscription à un programme et le début de ce dernier, les prestations demeuraient réduites.

Toutes ces défectuosités du régime, couplées aux idées préconçues le sous-tendant, doivent mener à la conclusion que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* contrevenait au droit à l'égalité des bénéficiaires âgés de moins de 30 ans. Pour les motifs

For the reasons given by Bastarache J., s. 29(*a*) is not saved by s. 1 of the *Canadian Charter*.

III. Section 7 of the *Canadian Charter*

Having regard to the foregoing conclusion, I see no point in any further consideration of whether s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid* violated s. 7 of the *Canadian Charter*. While I agree with Bastarache J.'s conclusion that the appellant failed to establish a violation of s. 7, I would note that I agree with the part of the reasons of the Chief Justice in which she writes that it is not appropriate, at this point, to rule out the possibility that s. 7 might be invoked in circumstances unrelated to the justice system. In the case of s. 7, the process of jurisprudential development is not complete. With respect, I am afraid that an interpretation such as is suggested by Bastarache J. unduly circumscribes the scope of the section, in a manner contrary to the cautious, but open, approach taken in the decisions of this Court on the question. It having been established that s. 7 does not apply, we must now review the arguments made by the appellant concerning the interpretation and application of s. 45 of the *Quebec Charter*.

IV. Section 45 of the *Quebec Charter*

The appellant submits that s. 45 of the *Quebec Charter* recognizes the right to an acceptable standard of living, as a substantive right. She cites the dissenting opinion of Robert J.A. in the Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 1033), in which he found s. 45 to have independent legal effect, based on a difference between the wording of that section and of the other provisions that the *Quebec Charter* contains under the heading of social and economic rights. The respondent submits that s. 45 is no more than a mere policy statement, implementation of which may be ascertained from the relevant legislation. In the words of Baudouin J.A. in the Court of Appeal, the respondent argues that s. 45 does not authorize the courts to review the sufficiency of social measures that the legislature has chosen to adopt, in its political discretion. For the following reasons, I am of the opinion that while s. 45 is not without any binding content, it does not operate to place a duty on the

exposés par le juge Bastarache, l'al. 29*a*) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte canadienne*.

III. L'article 7 de la *Charte canadienne*

414 Vu la conclusion précédente, je crois inutile d'étudier si l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Bien que je partage la conclusion du juge Bastarache que l'appelante n'a pas réussi à établir une violation de l'art. 7, je souligne toutefois que je suis d'accord avec cette partie des motifs du juge en chef McLachlin, selon laquelle il ne convient pas, à ce moment-ci, de fermer la porte à une éventuelle possibilité que l'art. 7 puisse être invoqué dans des circonstances n'ayant aucun lien avec le système de justice. L'évolution de l'art. 7 n'est pas terminée. Avec respect, je crains qu'une interprétation comme celle que suggère le juge Bastarache ne circonscrive indûment l'aire d'application de cette disposition, contrairement à l'orientation de la jurisprudence certes prudente, mais ouverte, de notre Cour sur cette question. L'application de l'art. 7 étant écartée, il reste à revoir les arguments avancés par l'appelante au sujet de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

IV. L'article 45 de la *Charte québécoise*

415 L'appelante soutient que l'art. 45 de la *Charte québécoise* consacre le droit à un niveau de vie décent à titre de droit substantif. Elle invoque l'opinion dissidente du juge Robert en Cour d'appel ([1999] R.J.Q. 1033) qui reconnaît une portée juridique autonome à l'art. 45, sur la base d'une différence entre son libellé et celui des autres dispositions que la *Charte québécoise* inclut sous la rubrique des droits sociaux et économiques. L'intimé, quant à lui, soutient que l'art. 45 n'est guère plus qu'un simple énoncé de politique dont la mise en vigueur se vérifie dans la législation pertinente. Reprenant les termes du juge Baudouin en Cour d'appel, il allègue que l'art. 45 n'autorise pas les tribunaux à contrôler la suffisance des mesures sociales que le législateur choisit d'adopter dans sa discrétion politique. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que l'art. 45, sans pour autant être dépourvu de tout contenu obligationnel, n'a pas pour effet d'obliger le législateur

Quebec legislature to guarantee persons in need an acceptable standard of living. That interpretation is supported by the wording and legislative history of s. 45, its position in the *Quebec Charter* and by the interaction between that section and the other provisions of the *Quebec Charter*.

québécois à assurer un niveau de vie décent aux personnes dans le besoin. Cette interprétation est confirmée tant par le libellé de l'art. 45 que par son histoire législative, sa place dans la *Charte québécoise* et son interaction avec les autres dispositions de la *Charte québécoise*.

A. *The Wording of Section 45 and its Placement in the Quebec Charter*

A. *Le texte et la place de l'art. 45 dans la Charte québécoise*

416 As Robert J.A. correctly observed, the *Quebec Charter* operates as a fundamental statute in the law of Quebec, and its unique nature is apparent in a variety of ways. First, it may be distinguished from other provincial human rights statutes in that its content goes well beyond the framework of mere prohibitions on discrimination. In addition to the very special importance that it assigns to the right to equality, the *Quebec Charter* protects a large number of other rights, including fundamental rights and freedoms and legal, political, social and economic rights. As well, while the *Canadian Charter* contains a justification clause that may apply to the violation of protected rights, the rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter* are guaranteed without restriction, other than the restrictions inherent in the rights and freedoms themselves (with the exception, however, of the fundamental rights and freedoms in Chapter I, which may be justifiably limited under s. 9.1). In terms of remedies, the *Quebec Charter* differs from the *Canadian Charter* in that it offers various methods for compensating individuals whose rights are violated in private relationships. A final distinction worth noting is that the *Quebec Charter* is practically the only fundamental legislation in Canada, or even North America, that expressly protects social and economic rights.

Comme le fait remarquer à juste titre le juge Robert, dans le droit de la province de Québec, la *Charte québécoise* joue le rôle de loi fondamentale, dont la spécificité se manifeste à plusieurs niveaux. Elle se distingue d'abord des autres lois provinciales sur les droits de la personne, son contenu dépassant largement le simple cadre des prohibitions de la discrimination. Outre l'importance toute particulière qu'elle accorde au droit à l'égalité, la *Charte québécoise* protège un grand nombre d'autres droits dont les libertés et droits fondamentaux ainsi que des droits judiciaires, politiques, sociaux et économiques. De plus, alors que la *Charte canadienne* contient une clause de justification applicable en cas d'atteinte aux droits protégés, les droits et libertés garantis par la *Charte québécoise* le sont sans restriction autre que celles qui leur sont inhérentes (à l'exception, cependant, des droits et libertés fondamentales du chapitre premier qui peuvent faire l'objet d'une justification sous l'art. 9.1). Au plan des recours, la *Charte québécoise* se distingue de la *Charte canadienne* en offrant divers modes de réparation aux justiciables lésés dans le cadre de rapports privés. Enfin, autre distinction digne de mention, la *Charte québécoise* est pratiquement la seule loi fondamentale au Canada, voire en Amérique du Nord, à protéger expressément des droits sociaux et économiques.

417 Pierre Bosset writes that including economic and social rights in a document that solemnly affirms the existence of fundamental rights and freedoms must have some consequence. In his view, the recognition of those rights [TRANSLATION] "makes it necessary to consider the question of the protection of economic and social rights from a qualitatively different perspective, one that is appropriate to a constitutional instrument, and not as a mere

Selon l'auteur Pierre Bosset, l'inclusion des droits économiques et sociaux dans un document qui affirme solennellement l'existence de libertés et droits fondamentaux ne peut rester sans conséquence. Selon lui, cette reconnaissance « force à envisager la question de la protection des droits économiques et sociaux dans une perspective qualitativement différente, propre à un texte quasi constitutionnel, et non comme une simple branche

branch of administrative law" (P. Bosset, "Les droits économiques et sociaux: parents pauvres de la Charte québécoise?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 583, at p. 585). However, although the incorporation of social and economic rights into the *Quebec Charter* gives them a new dimension, it still does not make them legally binding. Robert J.A. is also of that opinion. In the case of s. 45 of the *Quebec Charter*, though, he creates an exception. He finds it to be binding, relying on a difference between the wording of s. 45 and the wording of the other provisions in the same chapter. In my view, that exception does not stand up to careful scrutiny of the chapter in question, the provisions of which are as follows:

CHAPTER IV

ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS

39. Every child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are capable of providing.

40. Every person has a right, to the extent and according to the standards provided for by law, to free public education.

41. Parents or the persons acting in their stead have a right to require that, in the public educational establishments, their children receive a religious or moral education in conformity with their convictions, within the framework of the curricula provided for by law.

42. Parents or the persons acting in their stead have a right to choose private educational establishments for their children, provided such establishments comply with the standards prescribed or approved by virtue of the law.

43. Persons belonging to ethnic minorities have a right to maintain and develop their own cultural interests with the other members of their group.

44. Every person has a right to information to the extent provided by law.

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

46. Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being.

du droit administratif » (P. Bosset, « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996), 75 *R. du B. can.* 583, p. 585). Toutefois, bien que l'insertion des droits sociaux et économiques dans la *Charte québécoise* leur confère une nouvelle dimension, elle ne leur a pas attribué pour autant un caractère juridiquement contraignant. Le juge Robert partage cette opinion. Cependant, il fait une exception dans le cas de l'art. 45 de la *Charte québécoise*. Il lui reconnaît un caractère contraignant, en s'appuyant sur une différence entre le libellé de l'art. 45 et celui des autres dispositions du même chapitre. À mon avis, une telle exception ne résiste pas à un examen attentif de ce chapitre dont voici les dispositions :

CHAPITRE IV

DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

39. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

40. Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite.

41. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi.

42. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi.

43. Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe.

44. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

47. Husband and wife have, in the marriage, the same rights, obligations and responsibilities.

Together they provide the moral guidance and material support of the family and the education of their common offspring.

48. Every aged person and every handicapped person has a right to protection against any form of exploitation.

Such a person also has a right to the protection and security that must be provided to him by his family or the persons acting in their stead. [Emphasis added.]

418 Chapter IV is remarkable for the presence of both intrinsic and extrinsic limitations on the rights created in it. First, six of the ten sections in the chapter contain a reservation (worded differently from one section to another) indicating that the exercise of the rights they protect depends on the enactment of legislation. For instance, to cite a few examples, the right to free public education is guaranteed "to the extent and according to the standards provided for by law", the right of parents to have their children receive religious instruction in conformity with their convictions is guaranteed "within the framework of the curricula provided for by law" and the right to information is guaranteed "to the extent provided by law". As well, all of the rights in the chapter are excluded from the preponderance that s. 52 assigns to the other rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter*. Accordingly, any interference with any of those rights may not result in a declaration under s. 52 that the legislation in question is of no force and effect. Nonetheless, it is possible, under s. 49, to obtain cessation of any interference with such a right, and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

419 In the opinion of Robert J.A., the differences in wording among the sections in Chapter IV are not of merely aesthetic significance. He is of the view that the expression "provided for by law" used in s. 45 to qualify the financial assistance and social measures that the legislature must adopt in order to ensure an acceptable standard of living does not mean the same thing as the other expressions used in the other sections in Chapter IV. While those other expressions, in his view, indicate that the rights are granted only to the extent provided for by law, the

47. Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

48. Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu. [Je souligne.]

Le chapitre IV se distingue par la présence de limitations à la fois internes et externes aux droits qui y sont reconnus. D'une part, six des dix articles de ce chapitre contiennent une réserve (formulée en termes différents d'une disposition à l'autre) indiquant que la mise en œuvre des droits qu'ils protègent dépend de l'adoption de mesures législatives. Ainsi, pour citer quelques exemples, le droit à l'instruction publique gratuite est garanti « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi », le droit des parents à ce que leurs enfants reçoivent un enseignement religieux conforme à leurs convictions est garanti « dans le cadre des programmes prévus par la loi » et le droit à l'information est garanti « dans la mesure prévue par la loi ». D'autre part, les droits regroupés dans ce chapitre ne sont pas inclus parmi les droits et libertés que l'art. 52 de la *Charte québécoise* déclare avoir préséance sur les autres lois. Il s'ensuit qu'une atteinte à l'un ou l'autre de ces droits ne peut pas donner lieu à une déclaration d'inopérabilité en vertu de l'art. 52. Il demeure néanmoins possible d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte en vertu de l'art. 49.

Selon le juge Robert, les différences textuelles entre les articles du chapitre IV n'ont pas seulement une valeur esthétique. Il est d'avis que l'expression « prévues par la loi » que l'on retrouve à l'art. 45 pour qualifier les mesures d'assistance financière et sociales que le législateur doit adopter pour assurer un niveau de vie décent n'a pas la même signification que les autres expressions employées dans les autres articles du chapitre IV. Alors que ces dernières indiquent selon lui que les droits ne sont reconnus que dans la mesure prévue par la loi,

expression "provided for by law" refers, rather, to the methods by which the legislature has committed itself to providing the measures to ensure an acceptable standard of living. That interpretation, he says, is consistent with Article 11(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, to which s. 45 bears an undeniable resemblance:

Article 11. 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

The apparent similarity between s. 45 and Article 11(1) of the Covenant does not necessarily mean that the Quebec legislature intended to entrench the right to an acceptable standard of living in the *Quebec Charter*. In fact, the wording of s. 45 itself seems to negate that possibility. Section 45 does not guarantee the right to an acceptable standard of living, as Article 11(1) does; rather, it guarantees the right to social measures. In my view, that distinction supports the assertion that s. 45 protects a right of access to social measures for anyone in need. The fact that anyone in need is entitled not to measures to ensure him or her an acceptable standard of living, but to measures susceptible of ensuring him or her that standard of living, is also revealing. It seems to suggest that the legislature did not intend to give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted, or to usurp the role of the legislature in that regard.

As well, the expression "provided for by law" must be considered in light of the other provisions of Chapter IV that have a direct impact on the financial resources of the state. Those provisions all contain a reservation (worded in different ways from one section to another). Those reservations confirm that the rights are protected only to the extent provided for by law. It would be most surprising if the Quebec legislature had committed itself unconditionally to ensuring an acceptable standard of living for anyone in need at the same time as limiting the exercise of

l'expression « prévues par la loi » renvoie plutôt à la modalité selon laquelle le législateur s'est engagé à prendre des mesures destinées à assurer un niveau de vie décent. Cette interprétation s'accorde d'après lui avec le par. 11(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, avec lequel l'art. 45 a une parenté indéniable :

Article 11. 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie.

420 La parenté évidente entre l'art. 45 et le par. 11(1) du Pacte ne signifie pas nécessairement que le législateur québécois a voulu consacrer le droit à un niveau de vie décent dans la *Charte québécoise*. En fait, le texte même de l'art. 45 semble nier cette possibilité. En effet, cette disposition ne garantit pas le droit à un niveau de vie décent, comme le fait le par. 11(1), mais bien le droit à des mesures sociales. Cette distinction appuie à mon avis la proposition que l'art. 45 protège un droit d'accès à des mesures sociales à toute personne dans le besoin. Le fait que toute personne dans le besoin n'ait pas droit à des mesures lui assurant un niveau de vie décent mais plutôt à des mesures susceptibles de lui assurer ce niveau de vie est aussi révélateur. Il semble suggérer que le législateur n'a pas voulu conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler la suffisance des mesures adoptées ni de s'ériger en législateurs à cet égard.

421 D'autre part, l'expression « prévues par la loi » doit être considérée à la lumière des autres dispositions du chapitre IV qui ont un impact direct sur les ressources financières de l'État. Ces dernières contiennent toutes une réserve (formulée en des termes différents d'une disposition à l'autre). Cette réserve confirme que les droits ne sont protégés que dans la mesure prévue par la loi. Il serait fort étonnant que le législateur québécois se soit engagé inconditionnellement à assurer un niveau de vie décent à toute personne dans le besoin alors qu'il a limité

all of the other rights that call for it to make a direct financial investment to what is prescribed by law (M.-J. Longtin and D. Jacoby, "La Charte vue sous l'angle du législateur", in *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne* (1977), 4, at p. 24).

422 The final point is that the interpretation adopted by Robert J.A. does not seem to be supported by the opinions expressed during the parliamentary debates that led to the enactment of the *Quebec Charter*. The Quebec Minister of Justice referred to social and economic rights in the broader framework of a charter that was intended to be a synthesis of certain democratic values accepted in Quebec, Canada and the West, and described the rationale for those provisions as follows (*Journal des débats*, vol. 15, No. 79, November 12, 1974, at p. 2744):

> [TRANSLATION] These rights are of special importance. Some may say that in certain cases they are expressions of good intentions, but I think that the fact that they are recognized in a bill like this one will give them an important place in the context of the democratic values to which I have referred, that is, that a number of these social and economic rights in a way summarize certain things, certain principles, certain values that we hold dear in Quebec. Despite the fact that some of them are subject to the effect of other government legislation, which I certainly do not deny, they nonetheless represent part of our democratic heritage. That is why we have included them in this Charter.

423 It therefore seems obvious that the Quebec legislature did not intend to give the social and economic rights guaranteed by the *Quebec Charter* independent legal effect. As well, there is nothing in the debates to suggest the intention of creating an exception with respect to s. 45.

B. *Case Law Concerning Section 45*

424 The Quebec courts have generally taken the position that s. 45, and all of the rights in Chapter IV of the *Quebec Charter*, were positive rights, the exercise of which depended on the enactment of legislation. In *Lévesque v. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223, the Court of Appeal held (at p. 226):

aux prescriptions de la loi la réalisation de tous les autres droits exigeant de lui un investissement financier direct : M.-J. Longtin et D. Jacoby, « La Charte vue sous l'angle du législateur », dans *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne* (1977), 4, p. 24.

Enfin, l'interprétation retenue par le juge Robert ne semble pas trouver de soutien dans les opinions exprimées au cours des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la *Charte québécoise*. Situant les droits sociaux et économiques dans le cadre plus large d'une charte destinée à faire une synthèse de certaines valeurs démocratiques acquises au Québec, au Canada et en Occident, le ministre de la Justice du Québec décrivait en ces termes la raison d'être de ces dispositions (*Journal des débats*, vol. 15, nº 79, 12 novembre 1974, p. 2744) :

> Ces droits ont une portée importante. Certains diront peut-être que, dans des cas, il s'agit d'expressions de bonne volonté, mais je pense que le fait qu'ils soient reconnus dans un projet de loi comme celui-là va leur assurer un caractère important dans ce contexte des valeurs démocratiques dont je parlais tout à l'heure, c'est-à-dire qu'un certain nombre de ces droits socio-économiques résument d'une certaine façon certaines choses, certains principes, certaines valeurs auxquels nous sommes attachés au Québec. Malgré que, pour certains d'entre eux, ils sont soumis à l'effet d'autres lois gouvernementales, ce que je suis loin de nier, ils représentent quand même des acquisitions de notre patrimoine démocratique. C'est la raison pour laquelle nous les avons inscrits à cette charte.

Il semble donc évident que le législateur québécois n'a pas voulu reconnaître une portée juridique autonome aux droits sociaux et économiques garantis par la *Charte québécoise*. Par ailleurs, rien dans les débats ne suggère que l'on ait voulu créer une exception en ce qui concerne l'art. 45.

B. *La jurisprudence portant sur l'art. 45*

Les tribunaux québécois ont généralement adopté la position que l'art. 45 de même que tous les droits se trouvant au chapitre IV de la *Charte québécoise* étaient des droits-créances dont la mise en œuvre dépendait de l'adoption de mesures législatives. Ainsi, dans l'affaire *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223, la Cour d'appel a statué à la p. 226 que :

[TRANSLATION] In 1975, in Chapter IV, Social and Economic Rights, the Charter granted all individuals the right to social measures, but because that provision does not prevail over the other laws of Quebec, the right to financial assistance must be determined under the appropriate legislation and regulations, in this case, the Act.

Quant à la charte, en 1975, à l'intérieur du chapitre IV, Droits économiques et sociaux, elle a consacré le droit des citoyens aux mesures sociales mais, comme cette disposition n'a aucune préséance sur les autres lois du Québec, le droit à l'assistance financière doit être déterminé suivant les textes législatifs et réglementaires pertinents, en l'espèce la loi.

As well, in *Lecours v. Québec (Ministère de la Main d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638, the Superior Court held that s. 45 of the *Quebec Charter* did not grant a universal right to social assistance; that right must be provided by law.

425 De même, dans l'affaire *Lecours c. Québec (Ministère de la Main d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638, la Cour supérieure a décidé que l'art. 45 de la *Charte québécoise* n'accordait pas un droit universel à l'aide sociale; ce droit doit être prévu par la loi.

There is, however, one decision of the Quebec Court of Appeal that is an exception. That judgment, in *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, relied on s. 45 of the *Quebec Charter* in holding that a statutory provision declaring a person who is unemployed because of a labour dispute to be ineligible for social assistance could not be applied to a striker. Johnson and his wife had found themselves without income the day after a strike vote was held. Because he was not a union member, Johnson could not receive strike pay. He then tried to obtain unemployment insurance benefits, but was unsuccessful. As a last resort, he applied for social aid, which he was denied on the ground that s. 8 of the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, excluded persons who had lost their job because of a labour dispute from benefits. He then challenged the validity of s. 8 on the ground that it was contrary to ss. 10 and 45 of the *Quebec Charter*.

426 Un arrêt de la Cour d'appel du Québec fait cependant exception. Prononcé dans l'affaire *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, ce jugement s'est fondé sur l'art. 45 de la *Charte québécoise* pour rendre inopposable à un gréviste dans le besoin une disposition législative déclarant inadmissible à l'aide sociale une personne se trouvant sans emploi en raison d'un conflit de travail. En effet, Johnson et son épouse s'étaient retrouvés sans revenu au lendemain d'un vote de grève. N'étant pas membre en règle du syndicat, Johnson n'avait pu toucher les prestations de grève. Il avait alors tenté d'obtenir des prestations d'assurance-chômage mais sans succès. En dernier recours, il avait déposé une demande d'aide sociale qui lui avait été refusée au motif que l'art. 8 de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, excluait du bénéfice de la loi les personnes ayant perdu leur emploi en raison d'un conflit de travail. Il a alors entrepris de contester la validité de l'art. 8 au motif qu'il contrevenait aux art. 10 et 45 de la *Charte québécoise*.

Bisson J.A., writing for the Court of Appeal, held that s. 8 of the Act was not based on one of the grounds of discrimination listed in s. 10 of the *Quebec Charter* because being unemployed as a result of a labour dispute was not included in the concept of social condition. That did not conclude his analysis, and he went on to declare that s. 8 was of no force and effect as against the appellant on the ground that it was contrary to a number of the principles laid down in the *Quebec Charter* and in the *Social Aid Act* (at p. 70).

427 Au nom de la Cour d'appel, le juge Bisson a statué que l'art. 8 de la Loi n'était pas fondé sur un motif de discrimination énuméré à l'art. 10 de la *Charte québécoise* puisque le fait d'être sans emploi en raison d'un conflit de travail n'était pas visé par le concept de condition sociale. Cette conclusion ne mettant pas fin à son analyse, il a poursuivi en déclarant que l'art. 8 était sans effet et inopposable aux appelants au motif qu'il contrevenait à plusieurs principes énoncés dans la *Charte québécoise* et dans la *Loi sur l'aide sociale* (à la p. 70) :

[TRANSLATION] Having found that s. 8 was valid legislation, I am nevertheless compelled to acknowledge that, as happens in the case of some legislation, a provision that is perfectly legal may, inadvertently, produce effects that the legislature did not anticipate.

That is the case with s. 8 as it relates to the appellants. The effect of that statutory provision, which was intended to prevent strikes being funded by social aid, is that because of the special situation of the appellants, s. 45 of the Charter must be applied.

428 It is difficult to view *Johnson* as an express recognition of the binding effect of s. 45. For one thing, it is obvious that the Court of Appeal was influenced by the exceptional circumstances in the case before it: a worker who had been on probation had been unable to participate in the strike vote and was not entitled to union benefits. The court was dealing with legislation that was perfectly valid but that produced effects the legislature had not anticipated. As Pierre Bosset, *supra*, points out, that case is in fact an atypical case, in which the basis for the judgment is extremely uncertain (at p. 593):

[TRANSLATION] When restricted to the applicant's particular case, the declaration that the law was of no force and effect is perhaps not very dissimilar to a judgment in equity. However, we may also regard it as an implied application of the rule of interpretation stated in s. 53 of the *Charter*, which provides that if any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the *Charter*.

429 Accordingly, other than in exceptional circumstances, it does not seem that s. 45 is capable of having independent legal effect. Robert J.A. thought that this interpretation should be rejected on the ground that it reduced s. 45 to a mere obligation that [TRANSLATION] "theoretically . . . could be no more than symbolic and purely optional" (p. 1100). His opinion, however, was not based on a proper assessment of the nature of the obligational content of s. 45. The right of access to measures of financial assistance and social measures without discrimination would not be guaranteed by the *Quebec Charter* were it not for s. 45, the reason for this being that s. 10 of the *Quebec Charter* does not create an independent right to equality. In the first decision on this point, *Commission des droits de la personne*

Ayant conclu que l'article 8 était une une législation valide, je suis forcé, par ailleurs, d'admettre que, comme la chose arrive dans certaines législations, un texte parfaitement légal peut, par accident, produire des effets que le législateur n'avait pas prévus.

Tel est le cas de l'article 8 par rapport aux appelants. Cette disposition législative, destinée à éviter que l'aide sociale finance les grèves, fait en sorte qu'en raison de la situation particulière des appelants il faut appliquer l'article 45 de la charte.

Il est difficile de considérer l'affaire *Johnson* comme une reconnaissance explicite de la force contraignante de l'art. 45. D'abord, il est évident que la Cour d'appel a été influencée par les circonstances exceptionnelles de l'espèce : le travailleur, en période de probation, n'avait pu prendre part au vote de grève et n'avait pas droit aux prestations du syndicat. Elle se trouvait devant un texte de loi parfaitement valide mais qui produisait des effets non prévus par le législateur. Comme le souligne l'auteur Pierre Bosset, *loc. cit.*, cette affaire présente plutôt un cas atypique, où le fondement du jugement demeure fort incertain (à la p. 593) :

Limitée au cas particulier du requérant, la déclaration d'inopposabilité n'est peut-être pas loin de ressembler, ici, à un jugement d'équité. On est libre, cependant, d'y voir aussi une application implicite de la règle d'interprétation énoncée par l'art. 53 de la *Charte*, selon laquelle lorsqu'un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il doit être tranché dans le sens indiqué par la *Charte*.

Ainsi, en dehors de circonstances exceptionnelles, il ne semble pas que l'art. 45 puisse jouir d'une juridicité autonome. Le juge Robert a estimé qu'une telle interprétation devait être rejetée au motif qu'elle réduisait l'art. 45 à une simple obligation qui « théoriquement (. . .) pourrait demeurer symbolique et purement facultative » (p. 1100). Son opinion, toutefois, n'apprécie pas correctement la nature du contenu obligationnel de l'art. 45. En effet, le droit d'accès sans discrimination à des mesures d'assistance financière et sociale ne serait pas garanti par la *Charte québécoise* en l'absence de l'art. 45. La raison tient au fait que l'art. 10 de la *Charte québécoise* ne crée pas de droit autonome à l'égalité. Dans une première décision sur ce sujet, *Commission des droits de la personne du Québec*

du Québec v. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu, [1991] R.J.Q. 3003, aff'd [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), the Human Rights Tribunal explained the complex interaction between the right to equality and economic and social rights, in that case the right to free public education, as follows (at p. 3037):

[TRANSLATION] [W]hile the Charter allows for the exercise of the right to free public education to be affected by various statutory restrictions, and even for it to be subject to certain exceptions (such as charging tuition fees at the college and university level, for example), it prohibits limitations that have an effect on the exercise of that right that is discriminatory on one of the grounds enumerated in s. 10.

The symbiosis between s. 10 and the other rights and freedoms is a direct result of the wording of s. 10, which creates not an independent right to equality but a method of particularizing the various rights and freedoms recognized (*Desroches v. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), at p. 1547). Section 10 sets out the right to equality, but only in the recognition and exercise of the rights and freedoms guaranteed. Accordingly, a person may not base an action for a remedy on the s. 10 right to equality as an independent right. However, a person may join s. 10 with another right or freedom guaranteed by the *Quebec Charter* in order to obtain compensation for a discriminatory distinction in the determination of the terms and conditions on which that right or freedom may be exercised (P. Carignan, "L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne" in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 101, at pp. 136-37).

While it is true that the existence of that right of access is itself subject to the enactment of legislation, there is opinion that suggests that a minimum duty to legislate could be inferred from the inclusion of economic and social rights in the *Quebec Charter*. That idea is argued by Pierre Bosset, *supra*, at p. 602, who sees it as an alternative to the refusal by the Quebec courts to recognize the rights set out in Chapter IV of the *Quebec Charter* as having binding effect:

c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu, [1991] R.J.Q. 3003, conf. par [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), le Tribunal des droits de la personne a expliqué ainsi l'interaction complexe existant entre le droit à l'égalité et les droits économiques et sociaux, en l'occurrence le droit à l'instruction publique gratuite (à la p. 3037) :

[S]i la charte permet que l'exercice du droit à l'instruction publique gratuite soit affecté de différentes restrictions législatives, voire qu'il souffre certaines exceptions (telles que l'imposition de frais de scolarité aux niveaux collégial et universitaire, par exemple), elle interdit cependant les limitations qui, dans l'aménagement de ce droit, produisent un effet discriminatoire au regard de l'un des motifs énumérés à l'article 10.

430 Cette symbiose entre l'art. 10 et les autres droits et libertés découle directement de la formulation de l'art. 10 qui ne crée pas un droit autonome à l'égalité mais une modalité de particularisation des divers droits et libertés reconnus (*Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), p. 1547). En effet, l'art. 10 proclame le droit à l'égalité mais uniquement dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garantis. Aussi, une personne ne peut fonder un recours sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 10 en tant que droit indépendant. Elle peut toutefois jumeler l'art. 10 avec un autre droit ou une autre liberté garanti par la *Charte québécoise* afin d'obtenir réparation pour une distinction discriminatoire dans la détermination des modalités de ce droit ou de cette liberté (P. Carignan, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne » dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis* (1989), 101, p. 136-137).

431 Il est vrai cependant que même l'existence de ce droit d'accès est assujetti à l'adoption de mesures législatives. Toutefois, certaines opinions suggèrent qu'une obligation minimale de légiférer pourrait être déduite de l'insertion des droits économiques et sociaux dans la *Charte québécoise*. Cette idée est défendue par l'auteur Pierre Bosset, *loc. cit.*, p. 602, qui y voit une alternative au refus des tribunaux québécois de reconnaître la force contraignante des droits du chapitre IV de la *Charte québécoise* :

[TRANSLATION] Unless we are to think that the legislature spoke for no purpose when it included economic and social rights in the *Charter*, we must take seriously the hypothesis of minimum obligational content, of a "hard core" of rights that may be asserted against the state, despite the fact that the provisions in question do not, properly speaking, prevail over legislation. The idea of a hard core, which is more in keeping with the spirit of the *Charter* and the way that we normally think about rights and obligations than is the idea of a "purely optional" obligation, involves, at a minimum, the creation of a legal framework that favours the attainment of social and economic rights. Accordingly, failure to legislate — particularly where the way in which the right is worded expressly refers to the law — would be inconsistent with the obligations imposed by the *Charter*. Legislating solely as a matter of form, in legislation devoid of substance, would be no less problematic an idea.

432 However, that interpretation would not give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted. Nonetheless, the task it would assign them might be incompatible with their function, which is to determine what types of measures are likely to allow for the exercise of rights.

433 In conclusion, the wording of s. 45 and its placement in the *Quebec Charter* confirm that it does not confer an independent right to an acceptable standard of living for anyone in need. That interpretation is the one most consistent with the intention of the Quebec legislature. Although it might be desirable, entrenching economic and social rights in a charter of rights is not essential to recognition of those rights in positive law. Social law had in fact developed in Quebec well before the enactment of the *Quebec Charter*.

V. Conclusion

434 For these reasons, the appeal should be allowed, in accordance with the disposition proposed by my colleague Bastarache J.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE, ARBOUR *and* LEBEL JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Ouellet, Nadon, Barabé, Cyr, de Merchant, Bernstein, Cousineau, Heap & Palardy, Montreal.

À moins de considérer que le législateur parlait pour ne rien dire en consacrant les droits économiques et sociaux dans la *Charte*, il faut prendre au sérieux l'hypothèse d'un contenu obligationnel minimum, d'un « noyau dur » de droits opposables à l'État en dépit du fait que les dispositions concernées ne jouissent pas, à proprement parler, de la prépondérance par rapport à la législation. Plus respectueuse de l'esprit de la *Charte* et de la conception que l'on se fait habituellement des droits et des obligations que la thèse d'une obligation « purement facultative », l'idée d'un noyau dur implique, minimalement, la mise en place d'un cadre juridique favorable à la réalisation des droits économiques et sociaux. Ainsi, un défaut de légiférer — notamment lorsque la formulation du droit renvoie explicitement à la loi — serait incompatible avec les obligations qui découlent de la *Charte*. Légiférer uniquement pour la forme, par un acte législatif vide de substance, ne serait pas moins problématique.

Cette interprétation n'autoriserait cependant pas les tribunaux à contrôler la suffisance des mesures adoptées. Elle leur conférerait néanmoins une tâche peut-être incompatible avec leur fonction, c'est-à-dire celle de déterminer les types de mesures qui sont susceptibles de mettre les droits en œuvre.

En conclusion, la rédaction et la situation de l'art. 45 dans la *Charte québécoise* confirment qu'il ne confère pas de droit autonome à un niveau de vie décent à toute personne dans le besoin. Cette interprétation est la plus conforme à l'intention du législateur québécois. Bien que souhaitable, leur consécration dans une charte des droits n'est cependant pas indispensable à la reconnaissance des droits économiques et sociaux dans le droit positif. Le droit social s'est d'ailleurs développé au Québec bien avant l'adoption de la *Charte québécoise*.

V. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi doit être accueilli, conformément au dispositif suggéré par mon collègue, le juge Bastarache.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE, ARBOUR *et* LEBEL *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Ouellet, Nadon, Barabé, Cyr, de Merchant, Bernstein, Cousineau, Heap & Palardy, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Sainte-Foy.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener Rights and Democracy (also known as International Centre for Human Rights and Democratic Development): David Matas, Winnipeg.

Solicitor for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montreal.

Solicitors for the intervener the National Association of Women and the Law (NAWL): Gwen Brodsky, Vancouver; Rachel Cox, Saint-Lazare, Quebec.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI): Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA): McCarthy Tétrault, Montreal.

Procureur de l'intimé : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant Droits et Démocratie (aussi appelé le Centre international des droits de la personne et du développement démocratique) : David Matas, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD) : Gwen Brodsky, Vancouver; Rachel Cox, Saint-Lazare (Québec).

Procureur de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté (CCQP) : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP) : McCarthy Tétrault, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2002 Vol. 4

and Tables

Cited as [2002] 4 S.C.R. { i-xxxix 663-842

4e cahier, 2002 Vol. 4

et Tables

Renvoi [2002] 4 R.C.S. { i-xxxix 663-842

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2003.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments ix

Table of Cases Cited xiii

Statutes and Regulations Cited xxvii

Authors Cited xxxi

Index 835

Chamberlain *v.* Surrey School District No. 36 710

Administrative law — Judicial review — Standard of review — School boards — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Standard of review applicable to Board's decision — Whether Board's decision reasonable — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76.

Schools — School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board applied criteria required by School Act, curriculum and its own regulation for approving supplementary learning resources — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

Schools — School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — Meaning of secularism and non-sectarianism in School Act — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board acted in manner that accorded with secular mandate of School Act — Whether requirements of secularism and non-sectarianism preclude Board making decisions based on religious considerations — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

Prud'homme *v.* Prud'homme 663

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Rules of civil liability applicable to wrongful individual act of municipal councillor in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1376, 1457.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xi

Table de la jurisprudence xiii

Lois et règlements cités xxix

Doctrine citée xxxi

Index 839

Chamberlain *c.* Surrey School District No. 36 710

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseils scolaires — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Norme de contrôle applicable à la décision du conseil scolaire — La décision du conseil scolaire est-elle raisonnable? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76.

Écoles — Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il appliqué les critères qu'exigent la School Act, le programme d'études et son propre règlement pour l'approbation des ressources d'apprentissage complémentaires? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

Écoles — Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Signification de laïcité et de non-confessionnalisme dans la School Act — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il agi d'une manière conforme au mandat de laïcité que lui confère la School Act? — Les exigences de laïcité et de non-confessionnalisme empêchent-elles le conseil scolaire de prendre des décisions d'après des considérations religieuses? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Common law defences — Whether defence of fair comment and defence of qualified privilege applicable to Quebec rules of civil liability — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Ratepayers suing municipal councillor for defamation for remarks made at regular meeting of municipal council that allegedly interfered with their reputation — Whether municipal councillor committed a fault — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

SOMMAIRE (Fin)

Prud'homme *c.* Prud'homme 663

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Régime de responsabilité civile applicable à l'acte individuel fautif d'un conseiller municipal au Québec — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376, 1457.

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Défenses de common law — La défense de commentaire loyal et honnête et la défense d'immunité relative sont-elles applicables au régime québécois de la responsabilité civile? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Contribuables poursuivant un conseiller municipal en diffamation à la suite de propos tenus lors d'une séance régulière du conseil municipal qui auraient porté atteinte à leur réputation — Le conseiller municipal a-t-il commis une faute? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

2002 Volume 4

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2003

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

ERRATA

[1996] 2 S.C.R., para. 41, p. 198, line 1 of the English version. Read "Cosgrove J." instead of "Cosgrove Dist. Ct. J.".

[2000] 1 S.C.R., p. 357, para. 35, line 16 of the English version. Read "the *intra vires* decisions of municipalities" instead of "the *intra vires* decision of municipalities".

[1996] 2 R.C.S., par. 41, p. 198, 1re ligne de la version anglaise. Lire « Cosgrove J. » au lieu de « Cosgrove Dist. Ct. J. ».

[2000] 1 R.C.S., p. 357, par. 35, ligne 16 de la version anglaise. Lire « the *intra vires* decisions of municipalities » au lieu de « the *intra vires* decision of municipalities ».

MOTIONS — REQUÊTES

(November 21 to December 31, 2002 — 21 novembre au 31 décembre 2002)

146207 Canada Inc. c. Placements Rebery Ltée. (Qué.), 29047, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

2747-7173 Québec Inc. c. Ministre du Revenu national (C.F.), 29155, leave to appeal refused with costs, 12.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Air Canada v. Commissioner of Competition (F.C.), 29202, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Arthur c. Williams (Qué.), 29484, notice of discontinuance filed, 28.11.02, avis de désistement produit.

Association des juges administratifs du Tribunal administratif du Québec c. Barreau de Montréal (Qué.), 28910, leave to appeal refused with costs, 12.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Beauchamp v. The Queen (Alta.) (Crim.), 29175, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Burchill v. Commissioner of the Yukon Territory (Y.T.), 29181, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Byer v. Bar of Montréal (Que.), 29134, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Colas v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29003, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (Qué.), 29117, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Purolator Courrier Ltée (Qué.), 29119, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corbeil c. Fuchs (Qué.), 28950, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Corporation of Delta v. Windset Greenhouses (Ladner) Ltd. (B.C.), 29150, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

De Fehr v. De Fehr (B.C.), 29306, leave to appeal refused, 28.11.02, autorisation d'appel refusée.

Deloitte & Touche LLP v. Ontario Securities Commission (Ont.), 29300, leave to appeal granted, 5.12.02, autorisation d'appel accordée.

Delrina Corp. v. Triolet Systems Inc. (Ont.), 29190, leave to appeal refused with costs, 28.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Domgroup Ltd. v. Crystalline Investments Ltd. (Ont.), 29196, leave to appeal granted with costs, 12.12.02, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Dubois c. Ville de Laval (Qué.), 28943, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fenn v. Registrar of Motor Vehicles and the Licence Appeal Tribunal (Ont.), 29400, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gates v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29191, leave to appeal refused, 5.12.02, autorisation d'appel refusée.

Grey v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29285, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Haggith v. 33 Parliament Street Inc. (Ont.), 29173, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Haight-Smith v. Neden (B.C.), 29172, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jada Fishing Co. Ltd. v. Minister of Fisheries and Oceans (F.C.), 29210, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Keddy v. Workplace Health, Safety and Compensation (N.B.), 29206, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Koch c. Levesque (Qué.), 29072, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

LaBelle v. Attorney General for Ontario (Ont.), 29120, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lam v. Chan (Ont.), 29236, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Law Society of Upper Canada v. CCH Canadian Ltd. (F.C.), 29320, leave to appeal granted with costs in the cause, 12.12.02, autorisation d'appel accordée avec dépens selon l'issue de la cause.

Legault v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 29221, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Les Contenants Industriel Ltée c. Commission des lésions professionnelles (Qué.), 29275, leave to appeal refused, 28.11.02, autorisation d'appel refusée.

Les Entreprises W.F.H. Ltée c. Procureur général du Québec (Qué.), 28978, leave to appeal refused with costs, 12.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Luangrath v. The Queen (Ont.) (Crim.), 28948, leave to appeal refused, 28.11.02, autorisation d'appel refusée.

MacAdam v. The Queen (Ont.), 29046, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

MacLellan v. Kopaniak (Ont.), 29262, leave to appeal refused, 12.12.02, autorisation d'appel refusée.

Mastech Quantum Inc. v. Minister of National Revenue (F.C.), 29230, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morrison v. The Queen (Alta.) (Crim.), 29212, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Muliner v. Bindley (B.C.), 28798, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nader Ghermezian v. Alberta Treasury Branches (Alta.), 29238, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Neles Controls Ltd. v. The Queen (F.C.), 29186, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nelson v. The Queen (F.C.), 29193, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nelson v. The Queen (F.C.), 29195, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

No-Strings Enterprises Ltd. v. Attorney General of Canada (B.C.), 29209, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Podhorski-Okolow v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29287, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Rahaman v. Minister of Citizenship and Immigration (F.C.), 29183, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

R.T.A. v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29162, leave to appeal refused, 12.12.02, autorisation d'appel refusée.

R. v. Daoust (Qué.) (Crim.), 29185, leave to appeal granted, 12.12.02, autorisation d'appel accordée.

R. v. Decker (N.L.) (Crim.), 29144, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

R. v. Demers (Qué.) (Crim.), 29234, leave to appeal granted, 12.12.02, autorisation d'appel accordée.

R. v. Fontaine (Qué.) (Crim.), 29198, leave to appeal granted, 12.12.02, autorisation d'appel accordée.

Sagman v. Société en commandite gaz métropolitain (Que.), 28984, leave to appeal refused with costs, 28.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Savard c. Banque nationale du Canada (Qué.), 28824, leave to appeal refused with costs, 12.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sciascia-Trapani c. Banque nationale du Canada (Qué.), 29243, notice of discontinuance filed, 28.11.02, avis de désistement produit.

ScotiaMcLeod v. Bank of Nova Scotia (Que.), 28871, leave to appeal granted, 21.11.02, autorisation d'appel accordée.

Séguin c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29242, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Smith v. The Queen (Ont.) (Crim.), 29041, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Sommereyns c. 3377181 Canada Inc. (Qué.), 28980, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

S. P. Holdings Canada Inc. c. IKEA Ltd. (Qué.), 28839, leave to appeal refused with costs, 5.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Alfred Dallaire (CSN) c. Alfred Dallaire Inc. (Qué.), 29149, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Townsend v. Sault Ste. Marie Police Service (Ont.), 29269, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tridan Developments Ltd. v. Shell Canada Products Ltd. (Ont.), 29098, leave to appeal refused with costs, 21.11.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wakeford v. The Queen (Ont.), 29136, leave to appeal refused, 21.11.02, autorisation d'appel refusée.

Walker v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29258, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Washburn Arnold v. Washburn (Ont.), 29080, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

Whitmore v. Proznick (B.C.), 29182, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wind Power Inc. v. Saskatchewan Power Corp. (Sask.), 29280, leave to appeal refused with costs, 19.12.02, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wu v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29268, leave to appeal refused, 19.12.02, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal 312

A

American Mobile Satellite Corp., Spar Aerospace Ltd. v. 205
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. 153
Attorney General see also "Canada" or the name of province

B

Bank of Montreal, 373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. 312
Board of Education of School District No. 36, Chamberlain v. 710
Bona, Walsh v. 325

C

Canada (Commissioner of Patents), Harvard College v. 45
Canada (Commissioner of Patents), President and Fellows of Harvard College v. 45
Canada, Roberts v. 245
Canada (Royal Canadian Mounted Police), Ruby v. 3
Canada (Sollicitor General), Ruby v. 3
Canada, Wewaykum Indian Band v. 245
Chamberlain v. Board of Education of School District No. 36 710
Chamberlain v. School District #36 (Surrey) 710
Chamberlain v. Surrey School District No. 36 710
Commission see also "Canada" or the name of province

G

Gosselin v. Quebec (Attorney General) 429

PAGE

H

Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents) 45
Harvey, R. v. 311

M

Minister see also "Canada" or the name of province

N

Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh 325

O

Office see also "Canada" or the name of province

P

President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents) 45
Prud'homme v. Prud'homme 663

Q

Quebec (Attorney General), Gosselin v. 429
Queen see also "R."

R

R., Roberts v. 245
R. v. Harvey 311
R. v. Squires 323
Roberts v. Canada 245
Roberts v. R. 245
Royal Canadian Mounted Police, Ruby v. 3
Ruby v. Canada (Royal Canadian Mounted Police) 3

PAGE

Ruby v. Canada (Sollicitor General) 3
Ruby v. Royal Canadian Mounted Police 3

S

School District #36 (Surrey), Chamberlain v. 710
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp. 205
Squires, R. v. 323
Surrey School District No. 36, Chamberlain v. 710

PAGE

T

The Queen see also "R."

U

Union see also under abbreviated name

W

Walsh, Nova Scotia (Attorney General) v. 325
Walsh v. Bona 325
Wellcome Foundation Ltd., Apotex Inc. v. 153
Wewaykum Indian Band v. Canada 245

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal 312

A

American Mobile Satellite Corp., Spar Aerospace Ltée c. 205
Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd. 153

B

Bande indienne Wewaykum c. Canada 245
Banque de Montréal, 373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. 312
Board of Education of School District No. 36, Chamberlain c. 710
Bona, Walsh c. 325

C

Canada, Bande indienne Wewaykum c. 245
Canada (Commissaire aux brevets), Harvard College c. 45
Canada (Commissaire aux brevets), President and Fellows of Harvard College c. 45
Canada (Gendarmerie royale du Canada), Ruby c. 3
Canada, Roberts c. 245
Canada (Solliciteur général), Ruby c. 3
Chamberlain c. Board of Education of School District No. 36 710
Chamberlain c. School District #36 (Surrey) 710
Chamberlain c. Surrey School District No. 36 710
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province

G

Gendarmerie royale du Canada, Ruby c. 3
Gosselin c. Québec (Procureur général) 429

PAGE

H

Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets) 45
Harvey, R. c. 311

L

La Reine voir aussi « R. »

M

Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province

N

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh 325

O

Office voir aussi « Canada » ou nom de la province

P

President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets) 45
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province
Prud'homme c. Prud'homme 663

Q

Québec (Procureur général), Gosselin c. 429

R

R. c. Harvey 311
R. c. Squires 323

PAGE

R., Roberts c. 245
Reine voir aussi « R. »
Roberts c. Canada 245
Roberts c. R. 245
Ruby c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)..... 3
Ruby c. Canada (Solliciteur général)..... 3
Ruby c. Gendarmerie royale du Canada 3

S

School District #36 (Surrey), Chamberlain c. 710
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp. 205
Squires, R. c. 323
Surrey School District No. 36, Chamberlain c. 710
Syndicat voir aussi sous nom abrégé

W

Walsh c. Bona 325
Walsh, Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. 325
Wellcome Foundation Ltd., Apotex Inc. c. 153

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40	822
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	822
129675 Canada Inc. c. Caron	[1996] R.R.A. 1175	691
A		
Adam v. Ward	[1917] A.C. 309	691
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	774
Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.	[1989] 1 S.C.R. 1554	223
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	220
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	220
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	374, 461, 500
Anjou 80 c. Simard	[1987] R.R.A. 805	691
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	681
Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)	[2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91	232
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.	[2002] 4 S.C.R. 153, 2002 SCC 77	94
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada	[1994] 3 R.C.S. 627	628
Attorney General for Ontario v. Scott	[1956] S.C.R. 137	303
Attorney General of Manitoba v. National Energy Board	[1974] 2 F.C. 502	18
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 S.C.R. 66	622
B		
B.C. Native Women's Society v. Canada	[2000] 1 F.C. 304	287
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	20, 489, 769
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	23, 119, 724
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	23, 119, 724
Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana	[1997] 1 C.F. 689	287
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1995] 4 R.C.S. 344	273

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1989] 1 C.F. 143	287
Bande indienne de Squamish c. Canada	[2000] A.C.F. nº 1568 (QL), 2001 CFPI 480	308
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 657	273
Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1997] A.C.F. nº 676 (QL)	288
Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)	[1998] A.C.F. nº 370 (QL)	289
Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)	[2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85	295
Barré c. J.J. MacKay Canada ltée	C.S. Longueuil, nº 505-17-000355-984, 28 septembre 1998, J.E. 99-27	242
Barré v. J.J. MacKay Canada ltée	Sup. Ct. Longueuil, No. 505-17-000355-984, September 28, 1998, J.E. 99-27	242
Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band	[1997] 1 F.C. 689	287
Beaudoin c. La Presse Ltée	[1998] R.J.Q. 204	684
Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.	[1978] R.P.C. 521	184
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345	593
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	136, 228
Belley c. Labrecque	(1910), 20 B.R. 79	691
Belley v. Labrecque	(1910), 20 Que. K.B. 79	691
Bera v. Marr	(1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1	308
Biogen Inc. v. Medeva PLC	[1997] R.P.C. 1	181
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	82
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44	490, 545, 601
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	490, 545, 601
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344	273
Blundon v. Storm	[1972] S.C.R. 135	301
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce	[1996] 3 R.C.S. 727	315
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	[1996] 3 S.C.R. 727	315
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.	[1995] 3 S.C.R. 3	691
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	463, 506, 560
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	503
Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories Inc.	32 U.S.P.Q. 2d 1915 (1994)	169
Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 555	185

C

C.G.E. Co. v. Fada Radio Ltd.	[1930] 1 D.L.R. 449	179
C.L.W. v. G.C.W.	(1999), 182 Sask. R. 237	406
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	282
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	282

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Cameron v. The King	[1927] 2 D.L.R. 382	280
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	391, 726, 796
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	119, 175, 724, 796, 801, 825
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	119, 175, 724, 796, 801, 825
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	391, 726, 796
Canada Trust Co. v. Lloyd	[1968] S.C.R. 300	301
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 480	31, 623
Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 662	321
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 662	321
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	503, 565
Canadian Pacific Ltd. v. Paul	[1988] 2 S.C.R. 654	303
Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	724
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534	299
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.	[1979] 1 S.C.R. 1067	697
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	24
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	24
Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)	(2000), 51 O.R. (3d) 641	301
Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	(1996), 116 F.T.R. 37	287
Christiani v. Rice	[1930] S.C.R. 443	178
Ciba-Geigy AG v. Commissioner of Patents	(1982), 65 C.P.R. (2d) 73	183
Ciba-Geigy Ag. c. Canada (Commissaire des brevets)	[1982] A.C.F. nº 425 (QL)	183
Clarke v. Clarke	[1990] 2 S.C.R. 795	346, 384
Cleburne v. Cleburne Living Centre Inc.	473 U.S. 432 (1985)	464
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	463, 506, 560
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	686
Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu	[1991] R.J.Q 3003	658
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	503
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning	[1964] S.C.R. 49	108
Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.	[1948] S.C.R. 46	91
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	686
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	503, 574
Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada	[2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC 54	259
Conseil de la nation huronne c. Lainé	[1998] R.R.A. 495	697
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 504	84, 197

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parmalat inc.	[2001] J.Q. nº 104 (QL)	241
Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Co. (Canada) Ltd.	[1942] S.C.R. 187	69
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	374, 462, 504, 553
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	374, 462, 504, 553
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569	303
Cree Regional Authority v. Robinson	[1991] 4 C.N.L.R. 84	289
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5	540
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	540

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	623, 784
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	623, 784
Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake	[1991] 2 C.F. 18	287
Deer v. Mohawk Council of Kahnawake	[1991] 2 F.C. 18	287
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	259
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	260
Delisle c. Canada (Sous-procureur général)	[1999] 2 R.C.S. 989	550
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)	[1999] 2 S.C.R. 989	550
Délivrance du brevet européen 0 169 672 (Souris oncogène/ Harvard)	(1992), JO OEB 1992, 588	96
Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec	[1997] R.J.Q. 1540	659
Dhawan c. Kenniff	[2001] R.R.A. 53	698
Diamond v. Chakrabarty	447 U.S. 303 (1980)	73, 110
Domaine Repentigny inc. c. Repentigny (Ville de)	[1998] T.A.Q. 453	702
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	683
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	683
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	540, 780
Drouin c. La Presse Ltée	[1999] R.R.A. 714	698
Dunmore c. Ontario (Procureur général)	[2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94	502, 541, 605
Dunmore v. Ontario (Attorney General)	[2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94	502, 541, 605
Dunstan v. Hell's Gate Enterprises Ltd.	[1986] 3 C.N.L.R. 47	262

E

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	463
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	463
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	31, 686
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	30, 686
Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	491
Edwards v. Gattmann	(1928), 40 B.C.R. 122	691
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	371, 420, 483, 502, 553, 793
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	463, 506, 565

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	463, 506, 565
Encaissement de chèque Montréal ltée c. Softwise inc.	[1999] J.Q. nº 200 (QL)	241
Ernest Scragg & Sons Ltd. v. Leesona Corp.	[1964] Ex. C.R. 649	179

F

Fales v. Canada Permanent Trust Co.	[1977] 2 S.C.R. 302	293
Finlay c. Canada (Ministre des Finances)	[1986] 2 R.C.S. 607	782
Finlay v. Canada (Minister of Finance)	[1986] 2 S.C.R. 607	782
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	686
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	686
Frame v. Smith	[1987] 2 S.C.R. 99	286
Free World Trust v. Électro Santé Inc.	[2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66	139, 191

G

G. (A.P.) v. A. (K.H.)	(1994), 120 D.L.R. (4th) 511	288
Gammans v. Ekins	[1950] 2 All E.R. 140	377
Genentech Inc.'s Patent	[1989] R.P.C. 147	192
General Electric Co.'s Application (Patent)	[1961] 2 R.P.C. 21	71
Gerrard Wire Tying Machines Co. of Canada v. Cary Manufacturing Co.	[1926] Ex. C.R. 170	200
Gestion M.P.F. inc. c. 9024-3247 Québec inc.	C.S. Longueuil, nº 505-05-002963-962, 2 juillet 1997, J.E. 97-1706	234
Gestion M.P.F. inc. v. 9024-3247 Québec inc.	Sup. Ct. Longueuil, No. 505-05-002963-962, July 2, 1997, J.E. 97-1706	234
Godbout c. Longueuil (Ville)	[1997] 3 R.C.S. 844	780
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844	780
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28	427, 464, 508
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28	427, 464, 508
Grant of European patent No. 0 169 672 (Onco-mouse/Harvard)	(1992), OJ EPO 1992, 588	96
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	279
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	537
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	537

H

Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	550, 625
Harris v. Lindeborg	[1931] S.C.R. 235	301
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451	501
Harrison v. University of British Columbia	[1990] 3 S.C.R. 451	501
Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)	[2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76	174
Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)	[2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76	174

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Henry Brothers (Magherafelt) Ltd. v. Ministry of Defence and the Northern Ireland Office	[1997] R.P.C. 693	199
Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal	[1998] R.J.Q. 131	684
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	688
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	688
Hilton v. Guyot	159 U.S. 113 (1895)	219
Hinks & Son v. Safety Lighting Co.	(1876), 4 Ch. D. 607	84
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	286
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)	[2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90	219
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)	[2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90	219
Hornblower v. Boulton	(1799), 8 T.R. 95, 101 E.R. 1285	125
Horrocks v. Lowe	[1975] A.C. 135	690
Houde v. Benoit	[1943] Que. K.B. 713	683
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	700
Hunt v. T&N PLC	[1993] 4 S.C.R. 289	219
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	602
Hyde v. Hyde	(1866), L.R. 1 P. & D. 130	421

I

In re I. G. Farbenindustrie A. G.'s Patents	(1930), 47 R.P.C. 289	181
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	491, 597, 686
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	491, 597, 686

J

J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.	122 S. Ct. 593 (2001)	85
Joannette c. Jasmin	(1914), 21 R.L. 78	691
Johnson c. Commission des affaires sociales	[1984] C.A. 61	657
Johnson v. Jolliffe	(1981), 26 B.C.L.R. 176	691
Johnson v. M'Intosh	21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823)	283
Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.	(1970), 64 C.P.R. 14	202

K

Kellogg Co. v. Kellogg	[1942] Ex. C.R. 87	200
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	23
Koehring Canada Ltd. v. Owens-Illinois Inc.	(1980), 52 C.P.R. (2d) 1	179
Kruger v. The Queen	[1986] 1 F.C. 3	295

L

L. c. Éditions de la Cité Inc.	[1960] C.S. 485	697
Laboratoire Pentagone Ltée v. Parke, Davis & Co.	[1968] S.C.R. 307	69
Lac La Ronge Indian Band v. Canada	(2001), 206 D.L.R. (4th) 638	289
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	286
Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobili Lamborghini S.P.A.	[1997] R.J.Q. 58	242

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lamy v. Pagé	(1910), 16 R. de J. 456	691
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)	[1989] 1 R.C.S. 705	677
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705	677
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	[2002] R.C.S. 773, 2002 CSC 53	36
Lavigne v. Canada (Office of the Commissionner of Official Languages)	[2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53	36
Lavoie v. Canada	[2001] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23	374, 503, 556
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	344, 369, 458, 500, 533, 646, 782
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	344, 369, 458, 500, 533, 646, 782
Lawson v. Commissioner of Patents	(1970), 62 C.P.R. 101	108
Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)	(1993), 14 O.R. (3d) 658	421
Lecours c. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)	J.E. 90-638	657
Lecours v. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)	J.E. 90-638	657
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.	[1915] A.C. 705	320
Lévesque c. Québec (Procureur général)	[1988] R.J.Q. 223	656
Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH	[1998] A.Q. nº 2059 (QL)	239
L'Hirondelle v. The King	(1916), 16 Ex. C.R. 193	301
Libman c. Québec (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 569	687
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	686
Lindsay Petroleum Co. v. Hurd	(1874), L.R. 5 P.C. 221	301
Lovelace v. Ontario	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37	353, 463, 508, 558

M

M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	300
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	340, 371, 425
M.N.C. Multinational Consultants Inc./Consultants Multinational inc. c. Dover Corp.	C.S. Montréal, nº 500-17-001977-977, 21 avril 1998, J.E. 98-1179	234
M.N.C. Multinational Consultants Inc./Consultants Multinational inc. v. Dover Corp.	Sup. Ct. Montréal, No. 500-17-001977-977, April 21, 1998, J.E. 98-1179	234
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	469
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	514
Maison du Parc inc. c. Chayer	[2001] J.Q. nº 2663 (QL)	698
Mathias v. Canada	(2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480	308
Matrox Graphics Inc. c. Ingram Micro Inc.	C.S. Montréal, nº 500-05-066637-016, 28 novembre 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688	241
Matrox Graphics Inc. v. Ingram Micro Inc.	Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-066637-016, November 28, 2001, AZ-50116899, J.E. 2002-688	241

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
May & Baker Ltd. v. Boots Pure Drug Co.	(1950), 67 R.P.C. 23	181
May & Baker Ltd. v. Ciba Ltd.	(1948), 65 R.P.C. 255	199
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138	292
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	501, 780
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	501, 780
McLoughlin v. Kutasy	[1979] 2 S.C.R. 311	691
Mentuck v. Canada	[1986] 3 F.C. 249	287
Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390 (1923)	774
Micro Chemicals Ltd. v. Smith Kline & French Inter-American Corp.	[1972] S.C.R. 506	134
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	782
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	782
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	340, 374, 423, 500, 553
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	296
Mitchell v. M.N.R.	[2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33	283
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85	296
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	380, 420, 469
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	[2003] 2 F.C. 165, 2002 FCA 309	78
Monsanto Co. c. Commissaire des brevets	[1979] 2 R.C.S. 1108	109, 180
Monsanto Co. v. Commissioner of Patents	[1979] 2 S.C.R. 1108	109, 180
Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1989] 1 F.C. 143	287
Montreal Light, Heat & Power Co. c. Clearihue	(1911), 20 B.R. 529	691
Montreal Light, Heat & Power Co. v. Clearihue	(1911), 20 Que. K.B. 529	691
Morales Moving and Storage Co. v. Chatigny Bitton	[1996] R.D.J. 14	234
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393	228
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11	118
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11	118
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	219
Morishita v. Richmond (Township)	(1990), 67 D.L.R. (4th) 609	280
Morris v. Structural Steel Co.	(1917), 35 D.L.R. 739	280
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)	[1989] 1 S.C.R. 1572	228
Mullard Radio Valve Co. v. Philco Radio and Television Corp.	(1936), 53 R.P.C. 323	182
Murdoch v. Murdoch	[1975] 1 S.C.R. 423	382

N

Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	725, 795, 822
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	725, 795, 822
Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada	[1995] 2 C.F. 762	294
Native Women's Assn. of Canada v. Canada	[1994] 3 S.C.R. 627	628
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	364, 489, 516, 543, 607
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	364, 489, 516, 543, 607
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265	782

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	304

O

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.	[2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48	20, 545, 601
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)	[1997] 3 R.C.S. 925	490
Olin Mathieson Chemical Corp. v. Biorex Laboratories Ltd.	[1970] R.P.C. 157	81
Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1987] 3 C.F. 174	288
Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	[1987] 3 F.C. 174	288
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation	(1984), 49 O.R. (2d) 353	301
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	502
Ontario Mining Co. v. Seybold	(1899), 31 O.R. 386	276
Ontario Mining Co. v. Seybold	[1903] A.C. 73	261
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	614
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	614
Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)	[2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85	295

P

P. (D.) v. S. (C.)	[1993] 4 S.C.R. 141	770
Paquet c. Rousseau	[1996] R.R.A. 1156	697
Parmenter v. The Queen	[1956-60] Ex. C.R. 66	306
Paul c. Bande indienne de Kingsclear	[1997] A.C.F. nº 1358 (QL)	287
Paul v. Kingsclear Indian Band	(1997), 137 F.T.R. 275	287
Peckham v. Mount Pearl (City)	(1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 142	691
Peixeiro v. Haberman	[1997] 3 S.C.R. 549	304
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	[2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19	299
Permutit Co. v. Borrowman	[1926] 4 D.L.R. 285	179
Peter v. Beblow	[1993] 1 S.C.R. 980	348, 378
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	348, 390
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	724
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	724
Picard c. Gros-Louis	[2000] R.R.A. 62	698
Pichette c. Giroux	(1914), 20 R. de J. 595	691
Pierce v. Society of Sisters	268 U.S. 510 (1925)	774
Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)	[1989] 1 R.C.S. 1623	69, 109
Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)	[1989] 1 S.C.R. 1623	69, 109
Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta	[1985] 1 R.C.S. 366	623
Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta	[1985] 1 S.C.R. 366	623
Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1996] A.C.F. nº 991 (QL)	287
Prince v. Massachusetts	321 U.S. 158 (1944)	774
Procter & Gamble Co. v. Bristol-Myers Canada Ltd.	(1979), 42 C.P.R. (2d) 33	178

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie	[1994] 2 C.F. 502	18
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	622
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	822
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45	824
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45	824
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	119, 724, 796
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	119, 724, 796
Q		
Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)	[1994] 1 S.C.R. 159	285
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	593
Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)	[1994] 1 R.C.S. 159	285
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	593
Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.	[2001] R.J.Q 966	229
R		
R. v. Audet	[1996] 2 S.C.R. 171	774
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	20
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	364, 415, 575, 602, 789
R. v. Brown	[2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32	25
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	20
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	573
R. v. Forde	[1992] O.J. No. 1698 (QL)	774
R. v. Guignard	[2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14	687
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	772
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	686
R. v. Lewis	[1996] 1 S.C.R. 921	296
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	324
R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.	[1919] 3 W.W.R. 1025	280
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	24, 515
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	285
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	25, 623
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	623
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	491, 543
R. v. Neil	[2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70	292
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	20, 623
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	342, 413, 503, 535, 621
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	602

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Al-Mehdawi	[1989] 1 All E.R. 777	110
R. v. Sharma	[1993] 1 S.C.R. 650	824
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	687
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R 1075	284
R. v. Taylor	(1981), 34 O.R. (2d) 360	286
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	602
R. v. Tran	[1994] 2 S.C.R. 951	515
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	418
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	259
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	324
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	686
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	363, 382
Re Application for Patent of Connaught Laboratories	(1982), 82 C.P.R. (2d) 32	72
Re Application of Abitibi Co.	(1982), 62 C.P.R. (2d) 81	72, 109
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	546, 602
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	686
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)	[1991] 2 S.C.R. 158	491, 603
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	514
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	548
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	620
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	489, 544, 600
Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.	[1955] 4 D.L.R. 822	280
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158	492, 603
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	546, 602
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	489, 544, 600
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	514
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	548
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	620
Repentigny (Ville de) c. Domaine Ti-Bo inc.	J.E. 96-2062	701
Revelin c. Boutin	[1991] R.R.A. 507	691
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	122
Rosdev Investments Inc. v. Allstate Insurance Co. of Canada	[1994] R.J.Q. 2966	223
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	725, 776
Ross River Dena Council Band v. Canada	[2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54	260
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	725, 776
Rouillard c. Malacort	[1993] R.R.A. 486	691
Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.	[1994] 5 W.W.R. 337	18
Rubbermaid (Canada) Ltd. v. Tucker Plastic Products Ltd.	(1972), 8 C.P.R. (2d) 6	175
Rubin c. Canada (Ministre des Transports)	[1998] 2 C.F. 430	62
Rubin v. Canada (Minister of Transport)	[1998] 2 F.C. 430	62
Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 452	693

S

Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.	[2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92	243
Samson Indian Nation and Band v. Canada	[1995] 2 F.C. 762	294

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	[2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68	515, 562
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	[2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68	515, 562
Savidant v. Day	(1933), 5 M.P.R. 554	691
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	537, 605
Shaw v. Morgan	(1888), 15 R. 865	690
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	822
Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets	[1982] 2 R.C.S. 536	168
Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents	[1982] 2 S.C.R. 536	168
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	623
Smith v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 554	301
SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak	[1987] 3 All E.R. 510	241
Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.	[1968] S.C.R. 950	189
Société Radio-Canada c. Guitouni	[2001] R.R.A. 67	698
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480	31, 623
Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.	[1994] R.J.Q. 1811	683
Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette	[2002] R.J.Q. 1669	684
Somerset v. Stewart	(1772), Lofft 1, 98 E.R. 499	82
Sorochan v. Sorochan	[1986] 2 S.C.R. 38	363, 408
Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)	[1997] 9 W.W.R. 236	287
Spencer v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 278	219
Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.	[1987] 1 A.C. 460	238
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King	[1950] S.C.R. 211	282
St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)	[1997] 2 S.C.R. 657	273
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	276
Steenhaut c. Vigneault	[1986] R.R.A. 548	676
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	501
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	547
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	547
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	724

T

Taylor v. Rossu	(1998), 161 D.L.R. (4th) 266	404
Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets	[1974] R.C.S. 111	91, 108, 168
Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents	[1974] S.C.R. 111	91, 108, 168
Ternette c. Canada (Solliciteur général)	[1992] 2 C.F. 75	33
Ternette v. Canada (Solicitor General)	[1992] 2 F.C. 75	33
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	501, 540
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	501, 540
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	[2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34	64
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	574, 687
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	574, 687
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	24, 602

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	24, 602
Thorson c. Procureur général du Canada	[1975] 1 R.C.S. 138	782
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	782
Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	(1997), 132 F.T.R. 106	287
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	219
Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.	(1992), 98 D.L.R. (4th) 736	317
Transport McGill ltée c. N.T.S. inc.	C.Q. Montréal, n° 500-02-018173-950, 13 novembre 1995, J.E. 96-166	234
Transport McGill ltée v. N.T.S. inc.	C.Q. Montréal, No. 500-02-018173-950, November 13, 1995, J.E. 96-166	234
Travis v. Baker	137 F.2d 109 (1943)	174
Tremblay v. Daigle	[1989] 2 S.C.R. 530	136
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers	[2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31	725, 784
Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)	(1998), 145 F.T.R. 1	289
Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)	(2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292	288
U		
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers	[2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31	726
V		
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	347, 373, 463, 553, 602
W		
Ward v. McBride	(1911), 24 O.L.R. 555	691
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	540
Westbank First Nation v. British Columbia	(2000), 191 D.L.R. (4th) 180	289
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton	[2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46	566
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	508
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625	508
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	[1997] 3 S.C.R. 925	136, 490
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48	28, 545, 601
Wisconsin v. Yoder	406 U.S. 205 (1972)	774
Woycenko Estate, Re	(2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640	406
Y		
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	602, 770
Z		
Zakrzewski v. The King	[1944] 4 D.L.R. 281	306

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 325
s. 2(a) 710
s. 2(b) 710
s. 7 429
s. 15 ..... 429, 710
s. 15(1) 325

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12
s. 45 429

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 1376 663
art. 1457 663
art. 3135 205

F

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7
s. 39(1) 245

Federal Real Property Act, S.C. 1991, c. 50
s. 1 "federal real property" 245
s. 13 245
s. 14 245

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870
s. C.08.002(2) 153

L

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236
s. 2 245
s. 14(1) 245

Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37
s. 3(4) 245
s. 8 245
s. 9 245
s. 14(3) 245

PAGE

M

Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275
s. 2(g) 325

P

Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4
s. 2 "invention" 45, 153
s. 27(1) 153
s. 27(3) 153
s. 34(1)(a) 153
s. 34(1)(b) 153
s. 34(1)(d) 153
s. 34(1)(e) 153
s. 40 153
s. 42 153
s. 45 153
s. 53(1) 153
s. 53(2) 153

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21
s. 12(1) 3
s. 16(1) 3
s. 16(2) 3
s. 19 3
s. 21 3
s. 22(1)(a) 3
s. 22(1)(b) 3
s. 22(3) 3
s. 26 3
s. 29 3
s. 34(2) 3
s. 41 3
s. 45 3
s. 46 3
s. 47 3
s. 49 3
s. 51 3

PAGE

R

Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1
s. 29 429

S

School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412
s. 76 710
s. 85 710

PAGE

Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123
s. 16 245
s. 39 245

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-19
s. 47 3

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 325
art. 2a) 710
art. 2b) 710
art. 7 429
art. 15 ..... 429, 710
art. 15(1) 325

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12
art. 45 429

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 1376 663
art. 1457 663
art. 3135 205

L

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236
art. 2 245
art. 14(1) 245

Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37
art. 3(4) 245
art. 8 245
art. 9 245
art. 14(3) 245

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7
art. 39(1) 245

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-19
art. 47 3

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21
art. 12(1) 3
art. 16(1) 3
art. 16(2) 3
art. 19 3
art. 21 3
art. 22(1)(a) 3
art. 22(1)(b) 3
art. 22(3) 3
art. 26 3
art. 29 3
art. 34(2) 3
art. 41 3
art. 45 3
art. 46 3
art. 47 3
art. 49 3
art. 51 3

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4
art. 2 « invention » 45, 153
art. 27(1) 153
art. 27(3) 153
art. 34(1)a) 153
art. 34(1)b) 153
art. 34(1)d) 153
art. 34(1)e) 153
art. 40 153
art. 42 153
art. 45 153
art. 53(1) 153
art. 53(2) 153

Loi sur les immeubles fédéraux, L.C. 1991, ch. 50
art. 1 « immeuble fédéral » 245
art. 13 245
art. 14 245

M

Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275
art. 2g) 325

R

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1
art. 29 429

PAGE

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870
art. C.08.002(2) 153

S

School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412
art. 76 710
art. 85 710

Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123
art. 16 245
art. 39 245

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

"Agency Wants to End AIDS Drug Monopoly", *The New York Times*, May 29, 1991, p. A24. 173

Alberta Code of Professional Conduct. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999). 18

Alberta. Institute of Law Research and Reform. Research Paper No. 15. *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report.* Edmonton: The Institute, 1984. 354

Arthur, Charles. "The onco-mouse that didn't roar" (1993), 138 *New Scientist* 4. 68

Ascah, Louis. *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec : un regard économique*. Sherbrooke : Université de Sherbrooke, 1988. 647

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville : Yvon Blais, 1998. 685

Benson, Iain T. "Notes Towards a (Re)Definition of the 'Secular'" (2000), 33 *U.B.C.L. Rev.* 519. 791

Bishop, John. *Transgenic Mammals*. Harlow, England: Longman, 1999. 67

Bisson, Alain-François. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539. 682

Black's Medical Dictionary, 39th ed. New York: Madison Books, 1999, "prophylaxis". 195

Blumberg, Grace Ganz. "The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265. 387

Bosset, Pierre. « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise » (1996), 75 *R. du B. can.* 583. 653

Bowers, Renzo D. *A Treatise on the Law of Conversion*. Boston: Little, Brown, 1917. 316

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175. 562

British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8.* Vancouver: The Commission, 1990. 305

British Columbia. Ministry of Education. *Evaluating, Selecting, and Managing Learning Resources: A Guide*. Victoria: Learning Resources Branch, 1996. 721

British Columbia. Ministry of Education. *Personal Planning K to 7: Integrated Resource Package 1995.* Victoria: Learning Resources Branch, 1995. 730

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed., vols. 1-2. Scarborough: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2002, release 2). 690

PAGE

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. London: Butterworths, 1978, "Clinical prophylaxis", Drug prophylaxis" and "Gametocidal prophylaxis"..... 195

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978, "Tay-Sachs disease"..... 95

Canada. Agence canadienne d'inspection des aliments. *Révision décennale de la Loi sur la protection des obtentions végétales du Canada*. Ottawa : Agence canadienne d'inspection des aliments, 2002..... 145

Canada. Canadian Biotechnology Strategy Secretariat. *The 1998 Canadian Biotechnology Strategy: An Ongoing Renewal Process*. Ottawa: Industry Canada, 1998..... 103

Canada. Canadian Food Inspection Agency. *10-Year Review of Canada's Plant Breeders' Rights Act*. Ottawa: Canadian Food Inspection Agency, 2002..... 145

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1re sess., 37e lég., 9 mai 2002, p. 11415..... 65

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi concernant la protection des obtentions végétales*, fascicule nº 1, 11 octobre 1989, p. 1:15..... 145

Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le droit des biens de la famille*. Document de travail. Ottawa : La Commission, 1975..... 383

Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa : La Commission, 1970..... 383

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*. Ottawa : Ministre des Services gouvernementaux du Canada, 1993..... 103

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., May 9, 2002, p. 11415..... 65

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act Respecting Plant Breeders' Rights*, Issue No. 1, October 11, 1989, p. 1:15..... 145

Canada. Law Reform Commission. *Studies on Family Property Law*. Working Paper. Ottawa: The Commission, 1975..... 383

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*. Ottawa: Minister of Government Service Canada, 1993..... 103

Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: The Commission, 1970..... 383

Canada. Secrétariat de la stratégie canadienne en matière de biotechnologie. *La stratégie canadienne en matière de biotechnologie (1998) : Un processus de renouvellement permanent*. Ottawa : Industrie Canada, 1998..... 103

Canada. Statistics Canada. *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families*. Ottawa: Statistics Canada, 1997..... 388

Canada. Statistics Canada. *Age, Sex, Marital Status and Common-law Status*. 1996 Census Technical Reports. Ottawa: Minister of Industry, 1999..... 377

Canada. Statistics Canada. *Profile of Canadian families and households: Diversification continues*. Ottawa: Statistics Canada, 2002..... 389

Canada. Statistics Canada. *Report on the Demographic Situation in Canada 1996: Current Demographic Analysis*. Report prepared by Jean Dumas and Alain Bélanger. Ottawa: Minister of Industry, 1997..... 377

PAGE

Canada. Statistics Canada. Science, Innovation and Electronic Information Division. *Biotechnology Use and Development — 1999* by Chuck McNiven. Ottawa: Statistics Canada, March 2001. 66

Canada. Statistique Canada. *Âge, sexe, état matrimonial et union libre.* Rapports techniques du recensement de 1996. Ottawa : Ministre de l'Industrie, 1999. 377

Canada. Statistique Canada. Division des sciences, de l'innovation et de l'information électronique. *L'utilisation et le développement de la biotechnologie — 1999* par Chuck McNiven. Ottawa : Statistique Canada, mars 2001. 67

Canada. Statistique Canada. *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se poursuit.* Ottawa : Statistique Canada, 2002. 389

Canada. Statistique Canada. *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996 : La Conjoncture démographique.* Rapport préparé par Jean Dumas et Alain Bélanger. Ottawa : Ministre de l'Industrie, 1997. 377

Canada. Statistique Canada. *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles.* Ottawa : Statistique Canada, 1997. 388

Canadian Biotechnology Advisory Committee. *Biotechnology and Intellectual Property: Patenting of Higher Life Forms and Related Issues.* Interim Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, November 2001. 86

Canadian Biotechnology Advisory Committee. *Patenting of Higher Life Forms and Related Issues.* Report to the Government of Canada Biotechnology Ministerial Coordinating Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, June 2002. 65

Carignan, Pierre. « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne ». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis.* Montréal : Éditions Thémis, 1989, 101. 659

Case Comment, "Patent Law — Pharmaceuticals — Federal Circuit Upholds Patents for AIDS Treatment Drug — *Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.*, 40 F.3d 1223 (Fed. Cir.)" (1995), 108 *Harv. L. Rev.* 2053. 172

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated August 2002, Issue 2). 218

Castel, Jean-Gabriel. *Droit international privé québécois.* Toronto : Butterworths, 1980. 218

Caulfield, Timothy A. "Underwhelmed: Hyperbole, Regulatory Policy, and the Genetic Revolution" (2000), 45 *McGill L.J.* 437. 102

Cheshire and North's Private International Law, 13th ed. by Sir Peter North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1999. 218

Chong, Stephanie. "The Relevancy of Ethical Concerns in the Patenting of Life Forms" (1993), 10 *C.I.P.R.* 189. 117

Colas, Émile. « Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire » (1984), 44 *R. du B.* 637. 695

Comité consultatif canadien de la biotechnologie. *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes : Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du Gouvernement du Canada.* Ottawa : Comité consultatif canadien de la biotechnologie, juin 2002. 65

Comité consultatif canadien de la biotechnologie. *La biotechnologie et la propriété intellectuelle : La brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes.* Rapport provisoire adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie, gouvernement du Canada. Ottawa : Comité consultatif canadien de la biotechnologie, novembre 2001. 86

PAGE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. 126

Côté, Pierre-André. « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* », dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995, 385. 681

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 126

Crawford and Falconbridge: Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada, vol. 2, 8th ed., by Bradley Crawford. Toronto : Canada Law Book, 1986. 315

David, René. *English Law and French Law: A Comparison in Substance*. London: Stevens & Sons, 1980. 694

Davies, D. J. Llewelyn. "The Influence of Huber's *De Conflictu Legum* on English Private International Law", in J. F. Williams and A. D. McNair, eds., *The British Year Book of International Law*, vol. 18. London: Oxford University Press, 1937, p. 49. 217

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995. 24

Derzko, Nathalie M. "Plant Breeders' Rights in Canada and Abroad: What are These Rights and How Much Must Society Pay for Them?" (1994), 39 *McGill L.J.* 144. 141

Des Rosiers, Nathalie. « Le concept de la conjugalité dans les lois et politiques sociales? ». Notes pour une allocution prononcée dans le cadre de la conférence *International Society of Family Law*. Ottawa : Commission du droit du Canada, 2001. 393

Des Rosiers, Nathalie. "Should Conjugality Matter in Law and Social Policy?". Remarks for a Keynote Address to the North American Regional Conference of the *International Society of Family Law*. Ottawa: Law Commission of Canada, 2001. 393

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000. 218

Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 27th ed. Philadelphia: Saunders, 1988. 195

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. 63

Eichler, Margrit. *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality*. Toronto: Oxford University Press, 1997. 356

Eisenberg, Melvin Aron. "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211. 399

Ellman, Ira Mark. "'Contract Thinking' Was *Marvin*'s Fatal Flaw" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365. 399

Elwin, Rosamund, and Michele Paulse. *Asha's Mums*. Toronto: Women's Press, 1990. 761

Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001. 217

Ernst & Young's Seventh Annual European Life Sciences Report 2000. London: Becket House, 2000. 65

Fisher, Harold, and Russel S. Smart. *Canadian Patent Law and Practice*. Toronto: Canada Law Book, 1914. 200

Florencio, Patrik S. "Genetics, Parenting, and Children's Rights in the Twenty-First Century" (2000), 45 *McGill L.J.* 527. 66

Fortin, Pierre. « Le chomâge des jeunes au Québec : aggravation et concentration (1966-1982) » (1984), 39 *Relations industrielles* 419. 649

Fortin, Pierre. « Les mesures d'employabilité à l'aide sociale : origine, signification et portée », février 1990. 564

PAGE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969. 186

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. « Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois » (1993), 24 *R.G.D.* 469. 678

Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 669. 227

Godson, Richard. *A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions, and of Copyright in Literature, the Drama, Music, Engraving and Sculpture, and also in Ornamental and Useful Designs for the Purposes of Sale and Exhibition*, 2nd ed. London: William Benning, 1851. ..... 83, 198

Gold, E. Richard. "Biomedical Patents and Ethics: A Canadian Solution" (2000), 45 *McGill L.J.* 413. 68

Gold, E. Richard. *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials.* Washington: Georgetown University Press, 1996. 102

Gold, E. Richard. "Making Room: Reintegrating Basic Research, Health Policy, and Ethics Into Patent Law". In Timothy A. Caulfield and Bryn Williams-Jones, eds., *The Commercialization of Genetic Research: Ethical, Legal, and Policy Issues.* New York: Klumer Academic, 1999, 63. 102

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. 217

Grand Robert de la langue française, 2e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « composition », « fabrication », « matière » 77, 125, 126

Greschner, Donna. "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291. 463

Groffier, Ethel. *La réforme du droit international privé québécois : supplément au Précis de droit international privé québécois.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. 235

Grubb, Andrew, ed. *The Law of Tort.* London: Butterworths LexisNexis, 2002. 316

Guérin, Gilles. *Les jeunes et le marché du travail.* Québec : Commission consultative sur le travail, 1986. ... 648

Hayhurst, William L. "Exclusive Rights in Relation to Living Things" (1991), 6 *I.P.J.* 171. 99

Heller, Michael A., and Rebecca S. Eisenberg. "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research" (1998), 280 *Science* 698. 103

Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal : principes généraux et contentieux.* Montréal : Hébert Denault, 1998. 690

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2001, release 1). 468, 501, 546, 599

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2002, release 1). 730

Holland, Winifred. "Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114. 376

Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 369. 402

PAGE

Ignatieff, Michael. *La Révolution des droits.* Montréal : Boréal, 2001. 752

Ignatieff, Michael. *The Rights Revolution.* Toronto: Anansi, 2000. 752

Jean, Claude. « Responsabilité civile délictuelle : la chasse aux élus et aux officiers municipaux est-elle ouverte? », dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville : Yvon Blais, 1989, 183. 678

Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999. 24

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996. 694

Knoppers, Bartha Maria. "Reflections: The Challenge of Biotechnology and Public Policy" (2000), 45 *McGill L.J.* 559. 102

Kuffner, Kara L. "Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act*" (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237. 394

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs.* Montréal : Éditions Thémis, 1996. 566

La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution.* Toronto: University of Toronto Press, 1969. 262

Lemieux, Denis. « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 Admin. L.R. (2d) 275. 682

Lempriere, T. "A New Look at Poverty" (1992), 16 *Perceptions* 18. 386

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997. 694

Longtin, Marie-José, et Daniel Jacoby. « La Charte vue sous l'angle du législateur ». Dans *La nouvelle Charte sur les droits et libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 21. Montréal : Barreau du Québec, 1977, 4. 656

Maxwell, Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto: Carswell, 1905. 280

McLaren, John P. S. "The Defamation Action and Municipal Politics" (1980), 29 *U.N.B.L.J.* 123. 690

McLeod, James G. Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166. 377

McLeod, James G. Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190. 394

McLeod, James G. "Unequal Division of Property", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 141. 396

McMurtry, William R., and Alan Pratt. "Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective", [1986] 3 C.N.L.R. 19. 285

Mitsuya, Kiroaki et al. Letter to the editor, *The New York Times*, September 20, 1989. 202

Mooney, Pat Roy. *The Impetus for and Potential of Alternative Mechanisms for the Protection of Biotechnological Innovations.* Prepared for the Canadian Biotechnology Advisory Committee. Ottawa: Canadian Biotechnology Advisory Committee, March 2001. 102

Morris, J. H. C. *The Conflict of Laws*, 5th ed. by David McClean. London: Sweet & Maxwell, 2000. 219

Mossman, Mary Jane. "'Running Hard to Stand Still': The Paradox of Family Law Reform" (1994), 17 *Dal. L.J.* 5. 386

Nations Unies. Conseil économique et social. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Rapport sur la cinquième session* (26 novembre-14 décembre 1990), supplément n° 3 (1991). 517

PAGE

New Brunswick. Department of Justice. Law Reform Division. Discussion Paper. *Matrimonial Property Reform for New Brunswick*. Fredericton: The Department, 1978. 378

New Encyclopædia Britannica, vol. 19, 15th ed. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1990. 419

Newman, Lesléa. *Belinda's Bouquet*. Boston: Alyson Wonderland, 1991. 761

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "grey matter". 77

Nouveau-Brunswick. Ministère de la Justice. Division de la réforme du droit. Document de travail. *Réforme du régime des biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick*. Fredericton : Ministère de la Justice, 1978. 378

Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, p. 2011. 357

Nova Scotia. Law Reform Advisory Commission. *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective*. Halifax: The Commission, 1975. 386

Nova Scotia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act*. Halifax: The Commission, 1996. 386

Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax: The Commission, 1997. 395

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993. 395

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "composition", "manufacture", "matter". 124

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "prophylaxis". 195

Payne, J. D. "Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate: The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961" (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78. 376

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001. 396

Pineau, Jean, et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd. Montréal : Thémis, 1980. 685

Pineau, Jean. *Mariage, séparation, divorce: L'état du droit au Québec*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1976. 419

Poulin Simon, Lise, et Diane Bellemare. *Le plein emploi : pourquoi?* Québec : Presses de l'Université du Québec, 1983. 648

Proclamation du Conseil privé, 15 décembre 1876, *Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, no 27. 271

Proclamation of the Privy Council, December 15, 1876, *The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27. 271

Québec. Assemblée nationale. *Journal des Débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, no 79, 12 novembre 1974, p. 2744. 656

Québec. Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu. *Pour une politique de sécurité du revenu*. Québec : Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu, 1987. 637

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001. 236

Rogers, Ian MacFee. *Municipal Councillors' Handbook*, 6th ed. Scarborough: Carswell, 1993. 679

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2002, release 3A). 679

PAGE

Rudolph, John R. *A Study of Issues Relating to the Patentability of Biotechnological Subject Matter.* Ottawa: Industry Canada, 1996. 117

Rudolph, John R. *Étude des questions relatives à la brevetabilité de la matière des biotechnologies.* Ottawa : Industrie Canada, 1996. 117

Schrecker, Ted, et al. *Ethical Issues Associated with the Patenting of Higher Life Forms.* Ottawa: Industry Canada, 1997. 67

Scoles, Eugene F., et al. *Conflict of Laws*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000. 217

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, "deprive". 605

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. 285

Smart, Carol. "Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 20. 401

Story, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments.* Boston: Hilliard, Gray, 1834. 217

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation.* Concord, Ont.: Irwin Law, 1997. 280

Talpis, Jeffrey A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law.* Translated by Susan Altschul. Text written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993. 220

Talpis, Jeffrey A., and Shelley L. Kath. "The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point" (2000), 34 *R.J.T.* 761. 243

Talpis, Jeffrey A., et J.-G. Castel. « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801. 220

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *"If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation.* Montréal: Thémis, 2001. 221

Tasmania. Law Reform Commission. *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships*, No. 36. Hobart, Tas.: Government Printer, 1977. 398

Tetley, William. "Current Developments in Canadian Private International Law" (1999), 78 *Can. Bar Rev.* 152. 220

Tremblay, Jacques. « La responsabilité de l'élu municipal et sa protection contre certaines pertes financières : récents développements », dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville : Yvon Blais, 1998, 155. 678

Trudel, Pierre. « Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation aux débats démocratiques nous conduit en cour » (1998), 5 *B.D.M.* 18. 687

United Nations. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Report of the Fifth Session* (26 November-14 December, 1990), Supplement No. 3 (1991). 517

Valentine, Johnny. *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads.* Boston: Alyson Wonderland, 1994. 761

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1985. 683

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks.* Concord, Ont: Irwin Law, 1997. 84

PAGE

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000. 24

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984. 293

Weinrib, Lorraine Eisenstat. "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469. 623

Wu, Zheng. *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2000. 354

Yardley, Jim. "Industry Giant Owns Right to AIDS Drug? N.C. Trial to Decide", *Atlanta Constitution*, June 27, 1993, p. A4. 172

Yntema, Hessel E. "The Comity Doctrine" (1966-67), 65 *Mich. L. Rev.* 1. 217

André Prud'homme, Gilles Prud'homme, Jean-Paul Fortin, André Fortin and Savino Cantatore *Appellants*

v.

Fernand Prud'homme *Respondent*

and

Canadian Broadcasting Corporation, La Presse Ltée, 3834310 Canada Inc., Groupe Transcontinental G.T.C. Ltée and Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Interveners*

INDEXED AS: PRUD'HOMME *v.* PRUD'HOMME

Neutral citation: 2002 SCC 85.

File No.: 28117.

2002: March 13; 2002: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Rules of civil liability applicable to wrongful individual act of municipal councillor in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1376, 1457.

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Common law defences — Whether defence of fair comment and defence of qualified privilege applicable to Quebec rules of civil liability — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Ratepayers suing municipal councillor for defamation for remarks made at regular meeting of municipal council that allegedly interfered with their reputation — Whether municipal councillor committed a fault — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

André Prud'homme, Gilles Prud'homme, Jean-Paul Fortin, André Fortin et Savino Cantatore *Appelants*

c.

Fernand Prud'homme *Intimé*

et

Société Radio-Canada, La Presse Ltée, 3834310 Canada Inc., Groupe Transcontinental G.T.C. Ltée et Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : PRUD'HOMME *c.* PRUD'HOMME

Référence neutre : 2002 CSC 85.

N° du greffe : 28117.

2002 : 13 mars; 2002 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Régime de responsabilité civile applicable à l'acte individuel fautif d'un conseiller municipal au Québec — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376, 1457.

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Défenses de common law — La défense de commentaire loyal et honnête et la défense d'immunité relative sont-elles applicables au régime québécois de la responsabilité civile? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

Responsabilité civile — Conseiller municipal — Diffamation — Contribuables poursuivant un conseiller municipal en diffamation à la suite de propos tenus lors d'une séance régulière du conseil municipal qui auraient porté atteinte à leur réputation — Le conseiller municipal a-t-il commis une faute? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

A school board purchased a lot located in a part of the city of Repentigny on which to build a school. The municipal council passed a bylaw which provided that only residents of that part of the city would have to cover the cost of a loan to pay for the infrastructure work. Some ratepayers, including the appellants, brought an action to have the bylaw quashed and the action was allowed by the Superior Court. The respondent, who was then a municipal councillor, tried unsuccessfully to persuade the other councillors to appeal the judgment. He decided to criticize publicly, for 20 minutes at a regular meeting of the council, the fact that no public debate had been held as to whether the judgment should be appealed. The appellants, offended by the statement, which was, in their opinion, full of malicious insinuations about them that made them out to be bad citizens, brought an action against the respondent in damages for interfering with their reputation, honour and dignity. The Superior Court allowed the action. The Court of Appeal set the judgment aside.

Held: The appeal should be dismissed.

Elected municipal officials are, as a rule, governed by public law. Before finding that the wrongful individual act of an elected municipal official in Quebec is subject to the rules of civil liability, a rule of public law that provides for this must be identified. When the new provisions of the *Civil Code of Québec*, and more particularly art. 1376, came into force, they no longer allowed the use of the method laid down by *Laurentide Motels*, insofar as that decision imposed an obligation on the individual to identify a public common law rule that made the private law applicable to his or her action in liability against the governmental body. Article 1376 *C.C.Q.*, which is public law, expressly provides that the rules set forth in Book Five of the *Civil Code of Québec* on obligations "apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them". The civil law principles of civil liability now apply, as a rule, to wrongful acts by such bodies. It therefore belongs to the party which intends to rely on the public law in order to avoid or limit the application of the general rules of civil liability to establish, where the need arises, that there are relevant public law principles that prevail over the civil law rules. Article 1376 *C.C.Q.* also applies to the persons who make up a public authority or a body of that authority, where their acts are connected with public duties. In this case, the respondent was acting as a member of a public authority in the performance of important political duties. The action thus gave rise to a public liability problem, within the meaning of art. 1376 *C.C.Q.*

Une commission scolaire achète un terrain situé dans un secteur de la ville de Repentigny afin d'y construire une école. Le conseil municipal adopte un règlement qui prévoit que seuls les résidents de ce secteur assumeront l'emprunt pour payer les coûts des travaux d'infrastructures. Des contribuables, dont les appelants, intentent une action en annulation du règlement qui est accueillie par la Cour supérieure. L'intimé, alors conseiller municipal, tente, sans succès, de convaincre les autres conseillers de porter l'affaire en appel. Il décide, lors d'une séance régulière du conseil, de critiquer publiquement et durant 20 minutes l'absence de débat public sur l'opportunité de porter le jugement en appel. Les appelants, blessés par la déclaration qui, à leur avis, est truffée d'insinuations malveillantes à leur endroit et qui les font passer pour de mauvais citoyens, poursuivent l'intimé en dommages-intérêts pour atteinte à leurs réputation, honneur et dignité. La Cour supérieure accueille la requête. La Cour d'appel casse le jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les élus municipaux sont en principe régis par le droit public. Avant de conclure que l'acte individuel fautif d'un élu municipal québécois est assujetti au régime de la responsabilité civile, il faut retrouver dans le droit public une règle qui le prescrit. L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, et de l'art. 1376 plus particulièrement, ne permet plus de retenir la méthode prescrite par l'arrêt *Laurentide Motels*, dans la mesure où celle-ci imposait au particulier l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant le droit privé applicable à son action en responsabilité contre l'administration publique. L'article 1376 *C.c.Q.*, qui relève du droit public, prévoit expressément que les règles du Livre cinquième du *Code civil du Québec* sur les obligations « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Dorénavant, le régime civiliste de la responsabilité s'applique en principe à l'acte fautif de l'administration. Il revient alors à la partie qui entend se prévaloir du droit public pour éviter ou restreindre l'application du régime général de responsabilité civile de démontrer, le cas échéant, que des principes de droit public pertinents priment sur les règles du droit civil. L'application de l'art. 1376 *C.c.Q.* s'étend aussi aux personnes qui composent l'administration publique ou un organe de celle-ci, dans la mesure où les actes posés se rattachent aux fonctions publiques. En l'espèce, l'intimé agissait comme membre d'une administration publique dans l'exercice de fonctions politiques importantes. La poursuite donnait donc naissance à un problème de responsabilité publique, au sens de l'art. 1376 *C.c.Q.*

Because Quebec civil law does not provide for a specific form of action for interference with reputation, the general rules that apply to questions of civil liability as laid down in art. 1457 *C.C.Q.* apply. In an action of that nature, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, the existence of injury, of a wrongful act, and of a causal connection. To demonstrate the existence of injury, the plaintiff must convince the judge that the impugned remarks were defamatory. Words may be defamatory because of the idea they expressly convey or by the insinuations that may be inferred from them. Whether remarks are defamatory is determined by applying an objective standard. It must be asked whether an ordinary person would believe that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of another person. In defamation cases, the wrongful act may derive from two types of conduct, one malicious and the other merely negligent. Determining fault is a contextual question.

An action in defamation involves two fundamental values: freedom of expression and the right to reputation. While elected municipal officials may be quite free to discuss matters of public interest, they must act as would the reasonable person. The reasonableness of their conduct will often be demonstrated by their good faith and the prior checking they did to satisfy themselves as to the truth of their allegations.

Because the laws governing elected municipal officials in Quebec are silent as to the personal liability of those officials for their wrongful individual acts, any public law rule that deviates from the *jus commune* of civil liability will therefore necessarily derive from the public common law. The common law qualified privilege that protects a municipal councillor at council meetings is so intimately connected to the public nature of the duties of office performed by the councillor, and to the unique requirements of that office, that it must be recognized as a principle of the public common law that is applicable in Quebec law. However, the defence of qualified privilege that applies to defamation actions in common law is based on the existence of a presumption of malice, and therefore cannot be incorporated in that form into the civil law rules, which are based on a presumption of good faith (art. 2805 *C.C.Q.*), without disturbing the coherence of its application in the area of public authority liability.

The fact that fault is determined from the context and that there is a presumption of good faith enables the Quebec rules of civil liability to provide equivalent protection for an elected municipal official and to protect the societal values and interests that the qualified privilege rule which applies to elected municipal officials in

Puisque le droit civil québécois ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation, les règles générales en matière de responsabilité civile prévues à l'art. 1457 *C.c.Q.* s'appliquent. Dans un tel recours, le demandeur doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité. Pour établir l'existence d'un préjudice, le demandeur doit convaincre le juge que les propos litigieux sont diffamatoires. Des paroles peuvent être diffamatoires par l'idée qu'elles expriment explicitement ou encore par les insinuations qui s'en dégagent. La nature diffamatoire des propos s'analyse selon une norme objective. Il faut se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers. La faute en matière de diffamation peut résulter de deux types de conduite, l'une malveillante, l'autre simplement négligente. L'appréciation de la faute demeure contextuelle.

Le recours en diffamation met en jeu deux valeurs fondamentales, soit la liberté d'expression et le droit à la réputation. Aussi libre qu'il soit de discuter de sujets d'intérêt public, l'élu municipal doit agir en personne raisonnable. Le caractère raisonnable de sa conduite sera souvent démontré par sa bonne foi et les vérifications préalables qu'il aura effectuées pour s'assurer de la véracité de ses allégations.

Compte tenu du silence des lois régissant les élus municipaux au Québec quant à la responsabilité personnelle encourue par ces élus pour leurs actes individuels fautifs, toute règle de droit public écartant le droit commun de la responsabilité civile émane donc nécessairement de la common law publique. L'immunité relative de common law qui protège le conseiller municipal lors des séances du conseil est si intimement liée à la nature publique des fonctions exercées par ce conseiller et aux exigences propres à celles-ci qu'elle doit être reconnue comme principe de common law publique, applicable en droit québécois. La défense d'immunité relative applicable aux actions en diffamation en common law repose toutefois sur l'existence d'une présomption de malveillance et ne peut donc s'intégrer telle quelle au régime civiliste, qui repose sur une présomption de bonne foi (art. 2805 *C.c.Q.*), sans attenter à la cohérence de son application dans le domaine de la responsabilité de l'administration publique.

Puisque le caractère contextuel de la faute et l'existence d'une présomption de bonne foi permettent aux règles québécoises du droit de la responsabilité civile d'assurer une protection équivalente à l'élu municipal et de sauvegarder les valeurs et intérêts sociétaux qu'entend préserver la règle de l'immunité relative applicable à l'élu

common law is designed to preserve; it is therefore not necessary simply to import that qualified privilege. In Quebec civil law, the criteria for the defence of qualified privilege are circumstances that must be considered in assessing fault. The only rules that apply to an action in defamation brought against an elected municipal official in Quebec are therefore still the rules set out in the Civil Code, applied based on the context, having regard to the requirements associated with the office of an elected municipal official and the specific constraints involved in municipal government. As well, for reasons relating to the process followed by an action for defamation in the common law, the method of legal analysis that must be applied to the defence of fair comment is also incompatible with the general scheme of the law of delictual civil liability. It is not only unjustified, but pointless, to import that defence into the civil law. The rules of civil liability already provide that a defendant may rely on all the circumstances that tend to demonstrate the non-existence of fault. Because the criteria for the defence of fair comment are precisely the circumstances to be taken into consideration in determining whether a fault has been committed, those criteria are an integral part of Quebec civil law.

The intervention by the Court of Appeal in this case, and its decision to set aside the trial judgment, were not based on a general reassessment of the evidence. The issue in this appeal is the legal characterization and effects of the events. The issue is whether the respondent's statement, when viewed in its context and in its entirety, was defamatory in nature and constituted a fault within the meaning of the law of civil liability, having regard to the judgment of the Superior Court and the findings of fact in that judgment. The characterization of the respondent's statements for the purpose of determining whether they were wrongful may, depending on the circumstances, be a question of mixed fact and law. In the circumstances, the Court of Appeal must accord a degree of deference to the trial judge's decision, and, in order to review that decision, must find palpable and overriding error.

In this case, the respondent did not commit a fault. The Superior Court focused its analysis on isolated elements of the respondent's speech instead of examining it as a whole and in context, and this vitiated its assessment of the content and legal consequences of the speech. Even assuming that this was an error on a question of mixed fact and law, it must be regarded as a palpable and overriding error. The nature and gravity of the error justified the Court of Appeal's intervention with respect to the trial judge's decision. The respondent spoke to let the voters of the city know that he opposed the council's decision not to appeal the judgment quashing the bylaw. He was

municipal en common law, l'importation pure et simple de cette immunité relative n'est pas nécessaire. En droit civil québécois, les critères de la défense d'immunité relative sont autant de circonstances à considérer dans l'appréciation de la faute. Les seules règles applicables à l'action en diffamation intentée contre un élu municipal québécois demeurent donc les règles prévues au Code civil, appliquées de façon contextuelle en tenant compte des exigences liées à la fonction d'élu municipal et des contraintes spécifiques de l'administration municipale. De même, pour des raisons qui tiennent à la dynamique de l'action en diffamation en common law, la méthode d'analyse juridique qu'exige le recours à la défense de commentaire loyal et honnête est également incompatible avec l'économie du droit de la responsabilité civile délictuelle. Son importation en droit civil est non seulement injustifiée, mais aussi inutile. Les règles du régime de la responsabilité civile prévoient en effet que le défendeur peut faire valoir toutes les circonstances qui tendent à nier l'existence d'une faute. Dans la mesure où les critères de la défense de commentaire loyal et honnête sont autant de circonstances à prendre en considération dans l'appréciation de l'existence d'une faute, ils font partie intégrante du droit civil québécois.

L'intervention de la Cour d'appel en l'espèce et sa décision d'infirmer le jugement de première instance ne reposent pas sur une réévaluation générale de la preuve. Il s'agit plutôt, dans cet appel, de déterminer la qualification et les effets juridiques des événements. Il faut déterminer si la déclaration de l'intimé, prise dans son contexte et dans son ensemble, avait un caractère diffamatoire et constituait une faute au sens du droit de la responsabilité civile à la lumière du jugement de la Cour supérieure et des constatations de fait qu'il contient. La qualification des déclarations de l'intimé pour déterminer si elles ont un caractère fautif peut constituer, selon les circonstances, une question mixte de fait et de droit. Dans ces circonstances, la Cour d'appel doit agir avec une certaine retenue envers la décision du juge de première instance et se fonder sur l'existence d'erreurs manifestes et dominantes afin de la réviser.

En l'espèce, l'intimé n'a pas commis de faute. La Cour supérieure a concentré son analyse sur des éléments ponctuels de l'intervention de l'intimé au lieu d'en faire un examen global et contextuel, ce qui a faussé son appréciation du contenu de l'intervention et ses conséquences juridiques. En supposant même qu'il se soit agi d'une erreur sur une question mixte de fait et de droit, cette dernière doit être considérée comme une erreur manifeste et dominante. Sa nature et sa gravité justifiaient l'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision du juge de première instance. L'intimé a pris la parole pour faire savoir aux électeurs de la Ville

entitled to question the assessment of the facts done by the judge. He remained steadfast in his original position, and argued that it was not the responsibility of the entire population of the city to pay the cost of the infrastructure work. The respondent cannot be faulted for failing, in the time that he was allowed and in a speech punctuated by interruptions and calls to order, to present an exhaustive account of all of the facts of the case. In his attempt to persuade the other councillors and his audience, he was entitled to stress the facts that appeared to support an appeal. Overall, the respondent acted in good faith, with the aim of performing his duties as an elected municipal official. While his comments about the appellants were sometimes harsh, they were made in the public interest. His remarks remained within the bounds of his right of comment, opinion and expression, as a municipal official, about the affairs of his municipality that were matters of public interest. If the respondent were to be found to have committed a fault in these circumstances, the right of free discussion within the municipal political precincts would be dangerously undermined, and the vitality of democracy at the local level would be weakened.

Cases Cited

Not followed: *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; **referred to:** *Steenhaut v. Vigneault*, [1986] R.R.A. 548; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Houde v. Benoit*, [1943] Que. K.B. 713; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Hervieux-Payette v. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131, rev'd on other grounds [2002] R.J.Q. 1669; *Beaudoin v. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Shaw v. Morgan* (1888), 15 R. 865; *Ward v. McBride* (1911), 24 O.L.R. 555; *Edwards v. Gattmann* (1928), 40 B.C.R. 122; *Savidant v. Day* (1933), 5 M.P.R. 554, aff'd [1933] 4 D.L.R. 456; *Peckham v. Mount Pearl (City)* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Johnson v. Jolliffe* (1981), 26 B.C.L.R. 176; *Lamy v. Pagé* (1910), 16 R. de J. 456;

qu'il s'opposait à la décision du conseil de ne pas porter en appel le jugement annulant le règlement. Il avait le droit de remettre en question l'appréciation des faits du juge. Toujours fidèle à sa position initiale, il a soutenu qu'il ne revenait pas à l'ensemble de la population de la Ville de payer le coût des travaux d'infrastructures. Dans le délai qui lui était imparti, au cours d'une intervention ponctuée par des interruptions et des rappels à l'ordre, on ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir exposé exhaustivement tous les faits du dossier. Dans sa tentative de convaincre les autres conseillers et ses auditeurs, il pouvait insister davantage sur les faits qui auraient milité en faveur d'un appel. Dans l'ensemble, l'intimé a agi de bonne foi, dans le but d'accomplir son devoir d'élu municipal. Ses propos, bien que parfois durs à l'endroit des appelants, ont été prononcés dans l'intérêt public. Ses propos sont demeurés à l'intérieur du cadre de son droit de commentaire, d'opinion et d'expression, comme administrateur, sur les affaires d'intérêt public de sa municipalité. Retenir la faute de l'intimé dans de telles circonstances minerait dangereusement le droit de libre discussion dans l'enceinte politique municipale et affaiblirait la vitalité de la démocratie locale.

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; **arrêts mentionnés :** *Steenhaut c. Vigneault*, [1986] R.R.A. 548; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Houde c. Benoit*, [1943] B.R. 713; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131, inf. pour d'autres motifs par [2002] R.J.Q. 1669; *Beaudoin c. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Shaw c. Morgan* (1888), 15 R. 865; *Ward c. McBride* (1911), 24 O.L.R. 555; *Edwards c. Gattmann* (1928), 40 B.C.R. 122; *Savidant c. Day* (1933), 5 M.P.R. 554, conf. par [1933] 4 D.L.R. 456; *Peckham c. Mount Pearl (City)* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Johnson c. Jolliffe* (1981), 26 B.C.L.R. 176; *Lamy c. Pagé* (1910), 16 R. de J. 456; *Belley*

Belley v. Labrecque (1910), 20 Que. K.B. 79; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Clearihue* (1911), 20 Que. K.B. 529; *Pichette v. Giroux* (1914), 20 R. de J. 595; *Joannette v. Jasmin* (1914), 21 R.L. 78; *Anjou 80 v. Simard*, [1987] R.R.A. 805; *Revelin v. Boutin*, [1991] R.R.A. 507; *Rouillard v. Malacort*, [1993] R.R.A. 486; *129675 Canada Inc. v. Caron*, [1996] R.R.A. 1175; *Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *L. v. Éditions de la Cité Inc.*, [1960] C.S. 485; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Paquet v. Rousseau*, [1996] R.R.A. 1156; *Conseil de la nation huronne v. Lainé*, [1998] R.R.A. 495; *Drouin v. La Presse Ltée*, [1999] R.R.A. 714; *Société Radio-Canada v. Guitouni*, [2001] R.R.A. 67; *Picard v. Gros-Louis*, [2000] R.R.A. 62; *Dhawan v. Kenniff*, [2001] R.R.A. 53; *Maison du Parc inc. v. Chayer*, [2001] Q.J. No. 2663 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Repentigny (Ville de) v. Domaine Ti-Bo inc.*, J.E. 96-2062; *Domaine Repentigny inc. v. Repentigny (Ville de)*, [1998] T.A.Q. 453.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5, 44, 49, 52.

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 47.

Civil Code of Lower Canada, art. 356.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Preliminary Provision, arts. 3, 35, 300, 1376, 1457, 2805.

Municipal Code of Québec, R.S.Q., c. C-27.1, s. 79.

Quebec Act, 1774, R.S.C. 1985, App. II, No. 2.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.

Bisson, Alain-François. "La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*" (1999), 44 *McGill L.J.* 539.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed., vols. 1-2. Scarborough: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2002, release 2).

Colas, Émile. "Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire" (1984), 44 *R. du B.* 637.

Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*", dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995, 385.

David, René. *English Law and French Law: A Comparison in Substance*. London: Stevens & Sons, 1980.

c. Labrecque (1910), 20 B.R. 79; *Montreal Light, Heat & Power Co. c. Clearihue* (1911), 20 B.R. 529; *Pichette c. Giroux* (1914), 20 R. de J. 595; *Joannette c. Jasmin* (1914), 21 R.L. 78; *Anjou 80 c. Simard*, [1987] R.R.A. 805; *Revelin c. Boutin*, [1991] R.R.A. 507; *Rouillard c. Malacort*, [1993] R.R.A. 486; *129675 Canada Inc. c. Caron*, [1996] R.R.A. 1175; *Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *L. c. Éditions de la Cité Inc.*, [1960] C.S. 485; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Paquet c. Rousseau*, [1996] R.R.A. 1156; *Conseil de la nation huronne c. Lainé*, [1998] R.R.A. 495; *Drouin c. La Presse Ltée*, [1999] R.R.A. 714; *Société Radio-Canada c. Guitouni*, [2001] R.R.A. 67; *Picard c. Gros-Louis*, [2000] R.R.A. 62; *Dhawan c. Kenniff*, [2001] R.R.A. 53; *Maison du Parc inc. c. Chayer*, [2001] J.Q. nº 2663 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Repentigny (Ville de) c. Domaine Ti-Bo inc.*, J.E. 96-2062; *Domaine Repentigny inc. c. Repentigny (Ville de)*, [1998] T.A.Q. 453.

Lois et règlements cités

Acte de Québec de 1774, L.R.C. 1985, app. II, nº 2.

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 5, 44, 49, 52.

Code civil du Bas-Canada, art. 356.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 3, 35, 300, 1376, 1457, 2805.

Code municipal du Québec, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 79.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 47.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5e éd. Cowansville : Yvon Blais, 1998.

Bisson, Alain-François. « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539.

Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed., vols. 1-2. Scarborough : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2002, release 2).

Colas, Émile. « Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire » (1984), 44 *R. du B.* 637.

Côté, Pierre-André. « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* », dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995, 385.

David, René. *English Law and French Law : A Comparison in Substance*. London : Stevens & Sons, 1980.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. "Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois" (1993), 24 *R.G.D.* 469.

Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal: principes généraux et contentieux.* Montréal: Hébert Denault, 1998.

Jean, Claude. "Responsabilité civile délictuelle: la chasse aux élus et aux officiers municipaux est-elle ouverte?", dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville: Yvon Blais, 1989, 183.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.

Lemieux, Denis. "L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif" (1994), 15 Admin. L.R. (2d) 275.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

McLaren, John P. S. "The Defamation Action and Municipal Politics" (1980), 29 *U.N.B.L.J.* 123.

Pineau, Jean, et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd. Montréal: Thémis, 1980.

Rogers, Ian MacFee. *Municipal Councillors' Handbook*, 6th ed. Scarborough: Carswell, 1993.

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2002, release 3A).

Tremblay, Jacques. "La responsabilité de l'élu municipal et sa protection contre certaines pertes financières: récents développements", dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville: Yvon Blais, 1998, 155.

Trudel, Pierre. "Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation aux débats démocratiques nous conduit en cour" (1998), 5 *B.D.M.* 18.

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation.* Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.R.A. 607, [2000] Q.J. No. 2070 (QL), setting aside a decision of the Superior Court. Appeal dismissed.

William J. Atkinson, for the appellants.

Jean-Jacques Rainville and *Réjean Rioux*, for the respondent.

Marc-André Blanchard and *Sylvie Gadoury*, for the interveners.

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. « Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation critique du droit positif québécois » (1993), 24 *R.G.D.* 469.

Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal : principes généraux et contentieux.* Montréal : Hébert Denault, 1998.

Jean, Claude. « Responsabilité civile délictuelle : la chasse aux élus et aux officiers municipaux est-elle ouverte? », dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville : Yvon Blais, 1989, 183.

Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough : Carswell, 1996.

Lemieux, Denis. « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 Admin. L.R. (2d) 275.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto : Butterworths, 1997.

McLaren, John P. S. « The Defamation Action and Municipal Politics » (1980), 29 *R.D. U.N.-B.* 123.

Pineau, Jean, et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd. Montréal : Thémis, 1980.

Rogers, Ian MacFee. *Municipal Councillors' Handbook*, 6th ed. Scarborough : Carswell, 1993.

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2001 (loose-leaf updated 2002, release 3A).

Tremblay, Jacques. « La responsabilité de l'élu municipal et sa protection contre certaines pertes financières : récents développements », dans *Développements récents en droit municipal.* Cowansville : Yvon Blais, 1998, 155.

Trudel, Pierre. « Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation aux débats démocratiques nous conduit en cour » (1998), 5 *B.D.M.* 18.

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.R.A. 607, [2000] J.Q. nº 2070 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

William J. Atkinson, pour les appelants.

Jean-Jacques Rainville et *Réjean Rioux*, pour l'intimé.

Marc-André Blanchard et *Sylvie Gadoury*, pour les intervenantes.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ AND LEBEL JJ. —

I. Nature of the Appeal

1 The appellants have appealed from a decision of the Quebec Court of Appeal setting aside a judgment of the Superior Court ordering the respondent to pay the appellants $58,198 in damages for defamation. The remarks in issue were made at a regular meeting of the Repentigny municipal council in the course of the respondent's performance of his duties as a municipal councillor. In this appeal, the Court is asked to determine the rules of civil liability that apply to the wrongful individual act of an elected municipal official in Quebec. At the same time, it provides an opportunity to review and clarify the rules governing defamation actions in Quebec.

II. Origin of the Case

2 The facts are relatively complex. It is not necessary, for the purposes of this appeal, to reiterate them in full. It will suffice to review the facts that are essential to a proper understanding of the remarks made by the respondent on the evening of July 7, 1997.

3 In 1988, the Commission scolaire de Le Gardeur announced plans for the building of a regional secondary school, which would serve the neighbouring municipalities of Repentigny and Saint-Sulpice. It instructed its Director General to negotiate the purchase of a site for the school. Although the city of Saint-Sulpice offered a lot fronting on highway 343 at $0.25 per square foot, the Director General of the Commission scolaire chose a site on the eastern outskirts of the city of Repentigny. At that time, that part of the city was zoned agricultural. Hence, it could not be developed for construction purposes and had no road access. In response to a written request by the Director General in 1989, the Mayor of Repentigny agreed to do whatever was necessary to ensure that the school be built in the desired location. That unofficial commitment was made without a study of the potential cost of the infrastructure needed for building the school in that part of the

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET LEBEL —

I. Nature du pourvoi

Les appelants se pourvoient contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a annulé un jugement de la Cour supérieure condamnant l'intimé à payer aux appelants 58 198 $ à titre de dommages-intérêts pour diffamation. Les propos en litige ont été prononcés lors d'une séance régulière du conseil municipal de Repentigny alors que l'intimé exerçait ses fonctions de conseiller municipal. Ce pourvoi invite notre Cour à déterminer le régime de responsabilité civile applicable à l'acte individuel fautif de l'élu municipal québécois. Il fournit du même coup l'occasion de revoir et de préciser les règles gouvernant le recours en diffamation au Québec.

II. Origine du litige

Les faits sont relativement complexes. Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent pourvoi de les reprendre intégralement. Il suffit de rappeler ceux qui sont essentiels à la bonne compréhension des propos tenus par l'intimé le soir du 7 juillet 1997.

En 1988, la Commission scolaire de Le Gardeur annonce le projet de construction d'une école secondaire régionale qui desservirait les municipalités voisines de Repentigny et de Saint-Sulpice. Elle confie à son directeur général le mandat de négocier l'achat d'un site pour l'école. Bien que la ville de Saint-Sulpice offre un terrain en bordure de la route 343 à 0,25 $ le pied carré, le directeur général de la Commission scolaire préfère un site à l'extrémité est de la ville de Repentigny. Ce secteur de la Ville est alors zoné agricole, par conséquent non constructible, et n'est pas desservi par une voie d'accès. À la suite d'une demande écrite du directeur général en 1989, le maire de Repentigny s'engage à faire toutes les démarches nécessaires pour que l'école soit construite à l'endroit souhaité. Cet engagement officieux est pris sans même qu'une étude du coût possible des infrastructures nécessaires à l'implantation de l'école dans le secteur est n'ait été commandée.

city even being ordered. After some negotiations, and subject to the approval of a change in zoning, the Commission scolaire bought a lot located in the eastern part of Repentigny, the value of which ranged from $0.42 to $0.63 per square foot, for $1.48 per square foot. The sale was finalized on December 20, 1990.

Après quelques négociations et sous réserve d'un changement de zonage qui sera éventuellement approuvé, la Commission scolaire achète pour 1,48 $ le pied carré un terrain situé dans le secteur est de Repentigny dont la valeur varie entre 0,42 $ et 0,63 $ le pied carré. La vente est finalisée le 20 décembre 1990.

In the winter of 1991, plans and specifications for completing the infrastructure work were filed. The anticipated cost of that infrastructure work, which consisted primarily of extending Iberville boulevard, came to $7,748,000. At that time, the City of Repentigny was one of the most heavily indebted cities in Quebec. In March 1991, with no real development plan, and without studying the financial impact of the project for ratepayers, the municipal council passed bylaw 1055 which provided that residents of the eastern part of the city would have to cover the cost, themselves, of a loan in the amount of $7,748,000, through an increase in property taxes and a special levy, amortized over 20 years. The fiscal repercussions were staggering. For some residents, the special tax came to $200,000. The City realized its error, and tried as best it could to reduce the cost of the work. Its efforts resulted in only a very slightly lighter tax burden on ratepayers, who decided to organize in order to bring an action to have bylaw 1055 quashed. That action was commenced in 1994 by 48 ratepayers, including the appellants. In the interim, the City initiated expropriation proceedings against the appellants, who refused to convey the part of their lands to be used for extending Iberville boulevard for the sum of $1.

4 À l'hiver 1991, les plans et devis pour la réalisation des travaux d'infrastructures sont déposés. Le coût prévu de ces infrastructures, qui consistent principalement dans le prolongement du boulevard Iberville, s'élève à 7 748 000 $. À l'époque, la ville de Repentigny est l'une des villes les plus endettées du Québec. Sans véritable plan d'aménagement et sans étude des impacts financiers du projet pour les contribuables, le conseil municipal adopte en mars 1991 le règlement 1055 qui prévoit que les résidents du secteur est devront assumer seuls, par une augmentation de la taxe foncière et par l'imposition de taxes spéciales amorties sur 20 ans, un emprunt de 7 748 000 $. Les répercussions fiscales du règlement sont accablantes. Pour certains résidents, la taxe spéciale s'élève à 200 000 $. La Ville réalise son erreur et tente tant bien que mal de réduire le coût des travaux. Ses efforts n'allègent que très modestement le fardeau fiscal des contribuables qui décident de se regrouper pour intenter une action en annulation du règlement 1055. Cette action est intentée en 1994 par 48 d'entre eux incluant les appelants. Entre-temps, la Ville entame des procédures d'expropriation contre les appelants qui refusent de céder pour 1 $ la partie de leurs terres destinée au prolongement du boulevard Iberville.

In June 1997, at the conclusion of a one-month trial, Croteau J. of the Superior Court quashed bylaw 1055, which he found to be illegal, abusive and discriminatory. In his judgment, Croteau J. commented particularly harshly on the municipal government. He specifically criticized the City of Repentigny for refusing to amend bylaw 1055, despite the enormity of the tax burden that it had imposed on residents of the eastern part of the city. He awarded the appellants costs against the City in the amount of $100,000 to reimburse them for their extrajudicial fees.

5 Au terme d'un procès d'un mois, le juge Croteau de la Cour supérieure annule, en juin 1997, le règlement 1055 qu'il juge illégal, abusif et discriminatoire. Dans son jugement, le juge tient des propos particulièrement sévères envers l'administration municipale. Il reproche notamment à la ville de Repentigny d'avoir refusé d'amender le règlement 1055 malgré l'ampleur du fardeau fiscal imposé aux résidents du secteur est. Il condamne la Ville à verser aux appelants une somme de 100 000 $ pour le remboursement de leurs frais extrajudiciaires.

6 Fernand Prud'homme (the respondent), who is not related to the appellants, has been a municipal councillor for the City of Repentigny since November 1993. He disagreed completely with the judgment of the Superior Court quashing bylaw 1055, and tried to persuade the other councillors to appeal the judgment. They refused to back him up, and very much preferred to put an end to the entire matter, which had undeniably been extremely embarrassing for the City a few months before a municipal election. The respondent was upset by this attitude, and decided to criticize publicly the fact that no public debate had been held as to whether the judgment should be appealed, at a regular meeting of the Council. That meeting was held on the evening of July 7, 1997, the date on which the time for appeal expired. Between 100 and 150 residents attended the meeting, which was also broadcast on the community television channel to a potential audience of 62,000 viewers. For the purposes of this case, copies of the videotape were made available to the Court.

7 In a 20-minute statement which was repeatedly interrupted by the Mayor, who tried in vain to end it, the respondent spoke against his colleagues' refusal to make a decision as to whether the decision of Croteau J. should be appealed. He said that he himself favoured appealing the decision, on the ground that it was based on erroneous findings of fact. In essence, the respondent explained that bylaw 1055 was not discriminatory, since the facts clearly showed that the appellants had benefited financially from the plan to build the secondary school. One of the things that he stressed was that the appellants' land had risen in value substantially because of the zoning change in the eastern part of the city. He also noted that the appellants had received compensation in the amount of $800,000 for the expropriation, after they had refused to convey the portion of their lands needed for the extension of Iberville boulevard for the sum of $1. In addition, the respondent challenged the finding by Croteau J. that the appellants had not been aware of the legal notices concerning the passage of bylaw 1055. He alleged that they had not objected to it. Quoting what had been said by the Commission de la protection du territoire agricole du Québec (C.P.T.A.Q.), he accused the appellants of trying to have it both ways: portraying themselves

Fernand Prud'homme (« l'intimé »), qui n'a aucun lien de parenté avec les appelants, est conseiller municipal de la ville de Repentigny depuis novembre 1993. En désaccord profond avec le jugement de la Cour supérieure qui annule le règlement 1055, il cherche à convaincre les autres conseillers de porter l'affaire en appel. Ceux-ci refusent de l'appuyer, préférant de loin mettre un terme à toute cette histoire, sans conteste, fort embarrassante pour la Ville à quelques mois d'une élection municipale. Indisposé par cette attitude, l'intimé décide de critiquer publiquement, lors d'une séance régulière du conseil, l'absence de débat public sur l'opportunité de porter le jugement en appel. Cette séance a lieu le soir du 7 juillet 1997, date qui coïncide avec l'expiration du délai d'appel. Entre 100 et 150 citoyens assistent à cette séance qui est par ailleurs télédiffusée par la télévision communautaire à un bassin de 62 000 auditeurs. Pour les fins du dossier, des copies de la bande vidéo ont été mises à la disposition de la Cour.

Dans une déclaration d'une vingtaine de minutes, entrecoupée à maintes reprises par des interventions du maire qui cherche en vain à y mettre fin, l'intimé dénonce le refus de ses pairs de se prononcer sur l'opportunité de porter la décision du juge Croteau en appel. Il affirme qu'il aurait pour sa part favorisé un appel de la décision au motif qu'elle repose sur des conclusions de fait erronées. En substance, l'intimé explique que le règlement 1055 ne serait pas discriminatoire puisque les faits démontreraient clairement que les appelants ont bénéficié financièrement du projet de construction de l'école secondaire. Il souligne, entre autres, que les terrains des appelants ont acquis une plus-value importante à la suite de la modification de zonage du secteur est. Il note également que les appelants ont encaissé une indemnité d'expropriation de 800 000 $ après avoir refusé de céder pour 1 $ la partie de leurs terrains nécessaire au prolongement du boulevard Iberville. Par ailleurs, l'intimé conteste la conclusion du juge Croteau selon laquelle les appelants n'étaient pas au courant des avis légaux concernant l'adoption du règlement 1055. Il leur reproche de ne pas s'y être opposés. Citant les propos de la Commission de la protection du territoire agricole du Québec (C.P.T.A.Q.), il accuse les appelants d'avoir joué

as real estate speculators in respect of part of their lands, and as farmers in respect of the rest. The respondent's final point was to complain that the appellants had refused offers to settle that he considered to be reasonable. What he did was to criticize both the appellants and the other members of the Council.

The appellants were offended by this statement, which was, in their opinion, full of malicious insinuations making them out to be bad citizens. They called on the respondent to retract his words, but to no avail. They were determined to obtain reparation, and applied to the Superior Court for a special order to compel the respondent to appear on a charge of contempt of court. The application was dismissed by Michel Côté J. of the Superior Court, who found that the respondent was entitled to express his disagreement with the decision of Croteau J. without this constituting contempt of court. Despite having lost in their attempt, the appellants decided to bring action against the respondent in damages for interfering with their reputation, honour and dignity. On February 18, 1999, Tellier J. of the Superior Court allowed their defamation action and awarded damages of $58,198 against the respondent. On June 26, 2000, the Quebec Court of Appeal set that judgment aside.

III. Relevant Statutory Provisions

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

44. Every person has a right to information to the extent provided by law.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

sur deux tableaux, soit celui de spéculateurs immobiliers pour une partie de leurs terres et celui d'agriculteurs pour le reste. Finalement, l'intimé fait grief aux appelants d'avoir refusé des offres de règlement qu'il estime raisonnables. Il critique donc aussi bien les appelants que les autres membres du conseil.

8 Les appelants sont blessés par cette déclaration, à leur avis truffée d'insinuations malveillantes qui les font passer pour de mauvais citoyens. Ils somment l'intimé de se rétracter, mais en vain. Déterminés à obtenir réparation, ils s'adressent à la Cour supérieure afin d'obtenir une ordonnance spéciale forçant l'intimé à comparaître sur une accusation d'outrage au tribunal. Cette demande est rejetée par le juge Michel Côté de la Cour supérieure qui conclut que l'intimé pouvait exprimer son désaccord avec la décision du juge Croteau, sans pour autant commettre un outrage au tribunal. En dépit de cet échec, les appelants décident de poursuivre l'intimé en dommages-intérêts pour atteinte à leurs réputation, honneur et dignité. Le 18 février 1999, le juge Tellier de la Cour supérieure accueille leur requête en diffamation et condamne l'intimé à payer des dommages-intérêts de 58 198 $. Le 26 juin 2000, la Cour d'appel du Québec casse ce jugement.

III. Les dispositions législatives pertinentes

9 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

44. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

PRELIMINARY PROVISION

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

BOOK ONE
PERSONS

3. Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy.

These rights are inalienable.

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

300. Legal persons established in the public interest are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them; legal persons established for a private interest are primarily governed by the Acts applicable to their particular type.

Both kinds of legal persons are also governed by this Code where the provisions of such Acts require to be complemented, particularly with regard to their status as legal persons, their property or their relations with other persons.

BOOK FIVE
OBLIGATIONS

1376. The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them.

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

DISPOSITION PRÉLIMINAIRE

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

LIVRE PREMIER
DES PERSONNES

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont incessibles.

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

300. Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

LIVRE CINQUIÈME
DES OBLIGATIONS

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les

circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

IV. Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, February 18, 1999

After a detailed examination of the facts, Tellier J. stated a series of findings. First, he noted that the respondent's statement was made at a regular meeting of the municipal council barely an hour before the time for appeal expired. Second, he observed that the respondent's remarks appeared to have been made with aforethought. Third, he found that the respondent had been acting completely alone, in that his colleagues had refused to support his request for a special meeting to be held to consider whether the judgment of Croteau J. of the Superior Court should be appealed.

Tellier J. went on to acknowledge that everyone is free to state the reasons why he or she disagrees with a judgment. However, no one may abuse that right in such a way as to interfere with the honour or reputation of another person. Then, analysing the statement itself, Tellier J. criticized the respondent for a number of inexcusable omissions, and for referring to certain facts which were entirely outside the scope of any alleged discussion as to whether the judgment should be appealed. He deduced from this that the respondent had intended to humiliate the appellants by making them out to be bad citizens who did not pay their taxes and who were getting rich at the community's expense. He added that the wrongdoing was such that the qualified privilege enjoyed by municipal councillors in the performance of the duties of their office could not protect him.

Tellier J. moved on to the assessment of damages, and observed that while it may be difficult to assign a value to moral injury with mathematical

usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*, le 18 février 1999

10 Après un examen détaillé des faits, le juge Tellier dresse une série de constats. Il note que la déclaration de l'intimé a été prononcée lors d'une séance régulière du conseil municipal une heure à peine avant l'expiration du délai d'appel. Il souligne également que les propos de l'intimé étaient à l'évidence mûrement réfléchis. Enfin, il retient que l'intimé faisait cavalier seul, ses pairs ayant refusé de soutenir sa demande de tenir une assemblée spéciale sur l'opportunité d'interjeter appel de la décision du juge Croteau de la Cour supérieure.

11 Le juge Tellier enchaîne en reconnaissant que chacun peut exposer librement les raisons pour lesquelles il est en désaccord avec un jugement. Une personne ne peut cependant pas abuser de ce droit de façon à porter atteinte à l'honneur ou la réputation d'autrui. Analysant ensuite la déclaration elle-même, le juge Tellier reproche à l'intimé plusieurs omissions inexcusables ainsi que la mention de certains faits complètement étrangers à un prétendu débat sur l'opportunité de porter le jugement en appel. Il en déduit que l'intimé entendait humilier les appelants en les faisant passer pour de mauvais citoyens qui ne paient pas leurs taxes et qui s'enrichissent aux dépens de la collectivité. Sa faute est telle, ajoute-t-il, que l'immunité relative dont bénéficient les conseillers municipaux dans l'exercice de leurs fonctions ne saurait le protéger.

12 Passant alors à l'appréciation des dommages, le juge Tellier rappelle qu'un préjudice moral, bien que difficile à évaluer avec une rigueur

exactitude, it is nonetheless a real injury. He therefore ordered that the respondent pay each of the appellants the sum of $5,000 in damages. Having regard to the intentional nature of the respondent's remarks, he awarded each of the appellants an additional $3,000 as exemplary damages for interference with their fundamental rights. He also ordered that $18,198 be paid for extrajudicial fees.

B. *Court of Appeal of Quebec*, [2000] R.R.A. 607

13 Michaud C.J., with whom Gendreau and Mailhot JJ.A. concurred, started by pointing out that the measured, unaggressive and polite nature of the respondent's speech could be seen on the video recording. He then said that the respondent was entitled to criticize publicly a judgment that could increase the tax burden on all the ratepayers of Repentigny. Whether the judgment should have been appealed was a matter of public interest on which it was legitimate for him to state an opinion in the performance of the duties of his office as a municipal councillor. Moreover, his statement was directed more to the Mayor and the other members of the municipal council than to the appellants. The respondent was attempting to inform the public that he personally would have advocated an appeal.

14 Michaud C.J. added, on this point, that the finding made by Tellier J. that the respondent's remarks were made with the intention of damaging or interfering with the appellants' reputations was not [TRANSLATION] "obvious". In his view, the statement could just as well have been made to score political points in the lead-up to a municipal election. Although the respondent's comments were incomplete, in the context and in the time allowed, they were not defamatory and did not interfere with the appellants' reputations.

15 In his final ruling, reaffirming the importance of freedom of political speech in a democratic society, Michaud C.J. held that the respondent was entitled to the defence of fair comment as defined by the Court of Appeal in *Steenhaut v. Vigneault*, [1986] R.R.A. 548. He also found that the respondent's remarks were protected by the qualified privilege

mathématique, constitue néanmoins un préjudice réel. Il condamne ainsi l'intimé à verser à chacun des appelants la somme de 5 000 $ à titre de dommages-intérêts. Vu le caractère délibéré des propos de l'intimé, il accorde à chacun des appelants une somme additionnelle de 3 000 $ à titre de dommages exemplaires pour atteinte à leurs droits fondamentaux. Enfin, il ordonne le paiement d'une somme de 18 198 $ pour les frais extrajudiciaires.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] R.R.A. 607

D'entrée de jeu, le juge en chef Michaud, à l'opinion duquel souscrivent les juges Gendreau et Mailhot, souligne que l'enregistrement vidéo de la déclaration laisse voir le caractère pondéré, non agressif et poli de l'intimé. Il affirme ensuite que l'intimé avait le droit de critiquer publiquement un jugement susceptible d'entraîner une augmentation du fardeau fiscal de tous les contribuables de Repentigny. L'opportunité de porter le jugement en appel représentait une question d'intérêt public sur laquelle il pouvait valablement s'exprimer dans l'exécution de ses fonctions de conseiller municipal. Du reste, sa déclaration visait davantage le maire et les autres membres du conseil municipal que les appelants. L'intimé cherchait à informer la population qu'il aurait pour sa part favorisé un appel.

Le juge en chef Michaud ajoute à cet égard que la conclusion du juge Tellier selon laquelle les propos de l'intimé ont été prononcés dans le but de nuire ou de porter atteinte à la réputation des appelants n'est pas « évidente ». Selon lui, la déclaration pourrait tout aussi bien avoir été faite pour marquer des points sur le plan politique à l'approche d'une élection municipale. Bien qu'incomplets, les commentaires de l'intimé, dans le contexte et le temps imparti, ne sont pas diffamatoires et n'ont pas porté atteinte à la réputation des appelants.

Finalement, réaffirmant l'importance de la liberté d'expression politique dans une société démocratique, le juge en chef Michaud statue que l'intimé a droit à la défense de commentaire loyal et honnête telle que définie par la Cour d'appel dans l'arrêt *Steenhaut c. Vigneault*, [1986] R.R.A. 548. Il conclut de plus que les propos de l'intimé sont protégés

enjoyed by municipal councillors in the performance of the duties of their office.

V. Analysis

Elected municipal officials are the leading players in municipal democracy. They are chosen by the residents to look after the community's interests; they take on a variety of responsibilities, some of which are provided by law and others of which are inherent in the nature of their position. Because their office is an elected one, municipal officials are accountable primarily to their constituents if they are unable to meet the demands of their position. However, like anyone else, elected municipal officials may commit wrongful acts that cause injury to individuals in the performance of the duties of their office. Because such a wrongful act cannot be adequately remedied at the polls, an effective sanction for it can be applied only by the courts. When this happens, because of the public nature of the duties of the office of elected municipal officials, the courts are faced with the question of how to apply the ordinary rules of liability in the *jus commune* to the wrongful individual acts of those officials.

The parties did not examine the impact of the public nature of the duties of the respondent's office on the rules that apply to this appeal, but they analysed the respondent's actions under the rules of the civil law system of liability. The respondent, citing case law, also raised two common law defences: fair comment, and qualified privilege. The appellants argued that the criteria that the first defence requires were not met, while the second defence simply could not be made in civil law. Before addressing the central issue in this appeal, the respondent's liability, this Court must try to resolve the difficulties associated with identifying and defining the rules that apply to a defamation action against an elected municipal official in Quebec. For that purpose, the Court must revisit what it held in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, having regard to the provisions of the new *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"). First, however, we should briefly outline the nature and scope of the duties of the office of elected municipal officials, since it is

par l'immunité relative dont bénéficient les conseillers municipaux dans l'exercice de leurs fonctions.

V. Analyse

16 L'élu municipal est l'acteur principal de la vie démocratique municipale. Choisi par les citoyens pour veiller aux intérêts de la collectivité, il assume diverses responsabilités, certaines prévues par la loi, d'autres inhérentes à la nature même de son mandat. Vu la nature élective de sa charge, l'élu municipal répond d'abord de son incapacité à relever les défis de son mandat envers ses électeurs. Toutefois, comme toute autre personne, l'élu municipal est susceptible de commettre, dans l'exercice de ses fonctions, une faute préjudiciable à des personnes en particulier. Comme elle ne peut trouver de réparation adéquate par la voie du scrutin, cette faute ne peut être sanctionnée efficacement que par les tribunaux judiciaires. Ceux-ci sont alors confrontés, en raison de la nature publique des fonctions de l'élu municipal, à la question de l'application du régime de responsabilité de droit commun à son acte individuel fautif.

17 Sans s'interroger sur l'impact du caractère public des fonctions de l'intimé sur les règles applicables au présent pourvoi, les parties ont analysé le geste de l'intimé selon les règles du régime civiliste de responsabilité. Jurisprudence à l'appui, l'intimé a par ailleurs invoqué deux défenses de common law, la défense de commentaire loyal et honnête et la défense d'immunité relative. Les appelants ont soutenu que les critères de la première n'étaient pas respectés alors que la seconde n'était tout simplement pas admissible en droit civil. Avant d'aborder la question centrale de ce pourvoi, soit celle de la responsabilité de l'intimé, notre Cour doit tenter de régler les difficultés qui accompagnent l'identification et la définition des règles applicables à l'action en diffamation intentée contre l'élu municipal québécois. Pour ce faire, notre Cour doit réexaminer les enseignements de l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la lumière des dispositions du nouveau *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). Mais auparavant, il convient de

precisely those duties of office that define the framework within which the allegedly wrongful conduct of the municipal councillor here must be analysed.

A. *What Rules of Civil Liability Apply to the Wrongful Individual Act of an Elected Municipal Official in Quebec?*

(i) Legal Status and Duties of Elected Municipal Officials

18 Despite the early emergence of municipal institutions in Quebec, the rights and duties of elected municipal officials are still not stated in precise, well-organized statutory provisions. The few obligations imposed on elected municipal officials by the statutes in question plainly do not provide a complete guide to their legal status, and are rather, for the most part, particular applications of a general duty to take care of the municipality's affairs honestly and fairly. For example, there are laws that provide that they have an obligation to vote, they are entitled to remuneration, they have an obligation to declare financial interests, they have a duty of fairness that requires that they abstain from voting when they have a conflict of interest, and so on. (See J. Tremblay, "La responsabilité de l'élu municipal et sa protection contre certaines pertes financières: récents développements", in *Développements récents en droit municipal* (1998), 155, at p. 157.)

19 Faced with the difficulties created by the legislature's silence, the courts in Quebec have tried to define the legal status of elected municipal officials in order to identify their rights and duties. For example, depending on the circumstances, elected municipal officials have been characterized as mandataries of the public, representatives, legislators, officers and trustees. They have even been described as temporary employees. (See C. Jean, "Responsabilité civile délictuelle: la chasse aux élus et aux officiers municipaux est-elle ouverte?", in *Développements récents en droit municipal* (1989), 183, at p. 210; J.-F. Gaudreault-Desbiens, "Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un

souligner brièvement la nature et l'étendue des fonctions de l'élu municipal. En effet, ce sont précisément ces dernières qui définissent le cadre dans lequel doit s'analyser la conduite prétendument fautive du conseiller municipal.

A. *Quel est le régime de responsabilité civile applicable à l'acte individuel fautif de l'élu municipal québécois?*

(i) Le statut juridique et les devoirs de l'élu municipal

Malgré l'apparition précoce des institutions municipales au Québec, les droits et les devoirs de l'élu municipal ne font toujours pas l'objet de dispositions législatives précises et regroupées. Les quelques obligations imposées à l'élu municipal par les lois pertinentes, loin de brosser un tableau complet de sa situation juridique, constituent pour la plupart des applications particulières d'un devoir général de veiller honnêtement et loyalement aux affaires de la municipalité. Ainsi, les lois prévoient son obligation de voter, son droit à la rémunération, son obligation de déclarer ses intérêts pécuniaires, son devoir de loyauté qui l'oblige à s'abstenir de voter en cas de conflit d'intérêts, etc. (Voir J. Tremblay, « La responsabilité de l'élu municipal et sa protection contre certaines pertes financières : récents développements », dans *Développements récents en droit municipal* (1998), 155, p. 157.)

Face aux difficultés créées par le silence du législateur, les tribunaux québécois ont tenté de définir le statut juridique de l'élu municipal pour identifier ses droits et ses devoirs. Ainsi, selon les circonstances, l'élu municipal a tantôt été qualifié de mandataire des citoyens, tantôt de représentant, législateur, officier ou fiduciaire. Parfois, il a même été décrit comme un employé momentané. (Voir C. Jean, « Responsabilité civile délictuelle : la chasse aux élus et aux officiers municipaux est-elle ouverte? », dans *Développements récents en droit municipal* (1989), 183, p. 210; J.-F. Gaudreault-Desbiens, « Le traitement juridique de l'acte individuel fautif de l'élu municipal, source d'obligations délictuelles ou quasi délictuelles. Un essai de systématisation

essai de systématisation critique du droit positif québécois" (1993), 24 *R.G.D.* 469, at pp. 475-82.)

The ambiguous nature of the legal status of elected municipal officials is the result of their status as representatives of both the municipality and their own constituents. That dual role means that on occasion they must choose between the best interests of the municipality and the demands of their constituents (I. MacF. Rogers, *Municipal Councillors' Handbook* (6th ed. 1993), at p. 3). Ultimately, the circumstances will determine which interests they must favour. Sometimes, they will be required to justify their choices, and to do that they will have to refer to their duties and, if necessary, establish a hierarchy among them, while keeping the general interest of the municipality as their overarching concern (Gaudreault-Desbiens, *supra*, at p. 484).

Generally speaking, elected municipal officials are officials of the municipal corporation (s. 47 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, and s. 79 of the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1). In that capacity, their rights and duties are those of a mandatary. As well, in the course of their participation in the legislative or administrative activities of the council, they are not personally liable for the council's acts, unless they acted fraudulently or with gross negligence amounting to gross fault. Nor are they liable for the *ultra vires* acts of the municipality, unless they acted maliciously or in bad faith (Jean, *supra*, at p. 211; I. MacF. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 214.16). However, in the case of the collegial acts of the council, elected municipal officials are, as a rule, personally liable for their wrongful individual acts.

The courts have found elected municipal officials to be personally liable not only for violating their statutory obligations, but also for breaching the "inherent" duties of their office. For example, decisions have held that elected municipal officials had a duty to be concerned about enforcing public order, not to promote their private interests at the expense of the municipality's interests, to ensure that municipal archives and records are supervised and secure,

critique du droit positif québécois » (1993), 24 *R.G.D.* 469, p. 475-482.)

20 Le caractère ambigu du statut juridique de l'élu municipal résulte de sa situation de représentant à la fois de la municipalité et de ses propres électeurs. Ce double rôle oblige à l'occasion l'élu à choisir entre les meilleurs intérêts de la municipalité, d'une part, et les revendications de ses électeurs, d'autre part (I. MacF. Rogers, *Municipal Councillors' Handbook* (6e éd. 1993), p. 3). En définitive, ce sont les circonstances qui détermineront quels intérêts l'élu favorisera. Parfois, il pourra se voir contraint de justifier son choix. Pour ce faire, il devra s'en rapporter à ses devoirs et, au besoin, établir une hiérarchie entre eux, en conservant toujours le souci primordial de l'intérêt général de la municipalité (Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 484).

21 De façon générale, l'élu municipal est un administrateur de la corporation municipale (art. 47 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, et art. 79 du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1). À ce titre, ses droits et ses devoirs sont ceux d'un mandataire. Aussi, dans le cadre de sa participation à l'action législative ou administrative du conseil, il n'est pas personnellement responsable de ses actes à moins qu'il n'ait agi frauduleusement ou avec une négligence grossière équivalant à une faute lourde. Il n'est pas non plus responsable des actes *ultra vires* de la municipalité, sauf mauvaise foi ou intention de nuire de sa part (Jean, *loc. cit.*, p. 211; I. MacF. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 214.16). Toutefois, hors du cadre de l'action collégiale du conseil, l'élu municipal demeure en principe personnellement responsable de son acte individuel fautif.

22 Les tribunaux ont retenu la responsabilité personnelle de l'élu municipal non seulement pour une violation de ses obligations légales, mais aussi pour un manquement aux devoirs « inhérents » à sa charge. À titre d'exemples, la jurisprudence a reconnu que l'élu municipal avait le devoir de promouvoir le respect de l'ordre public, de ne pas favoriser ses intérêts privés aux dépens de ceux de la municipalité, de s'assurer du contrôle et de la

to superintend and inform themselves about municipal works, to inform themselves about the important details of municipal government, to select the City's employees judiciously and to ensure the integrity of its police service. More specifically, other judgments have acknowledged the existence of a duty to disclose information that could affect the proper administration of public affairs. From a systematic standpoint, these inherent duties may all be regarded as particular applications of a general duty to protect the municipality's interests and the proper administration of its affairs (Gaudreault-Desbiens, *supra*, at pp. 484-85).

23 It can be concluded from this brief survey, summary though it is, that the relationship between elected municipal officials and the various players on the municipal state gives those officials a hybrid legal status. They must both promote the subjective interests of their constituents and safeguard the objective interests of the municipality, and must often make difficult choices in which they are subject to important and sometimes conflicting duties. Their office requires that they justify those choices in relation to a body which is decision-making in nature. For example, in the proceedings of the council or municipal bodies, they must explain and defend their options. They must also explain them, and justify them publicly to their constituents, or to some constituents. Their right, and even obligation, to speak is an important aspect of the performance of the duties of their office as officials of the municipality.

(ii) Applicable Rules of Liability

24 Elected municipal officials are, as a rule, governed by the law that creates their offices, which is public law. This does not mean that they may never be subject to the civil law. Public law, however, will determine the extent to which they will be subject to that law. Accordingly, before finding that the wrongful individual act of an elected municipal official in Quebec is subject to the rules of civil liability set out in arts. 1457 *C.C.Q. et seq.*, a rule of public law that provides for this must be identified.

sécurité des archives et des documents municipaux, de superviser et de suivre les travaux municipaux, de s'informer des détails importants de l'administration municipale, de choisir judicieusement les employés de la ville et de s'assurer de l'intégrité de son service de police. Plus particulièrement, des jugements ont reconnu l'existence d'un devoir de divulguer les informations susceptibles d'affecter la bonne administration des affaires publiques. Dans un esprit de systématisation, ces devoirs inhérents peuvent tous être considérés comme des applications particulières d'un devoir général de veiller aux intérêts et à la bonne administration des affaires de la municipalité (Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 484-485).

Quoique sommaire, ce bref survol permet de conclure que la relation qui existe entre l'élu municipal et les différents acteurs de la vie municipale lui confère un statut juridique hybride. À la fois promoteur des intérêts subjectifs de ses électeurs et défenseur des intérêts objectifs de la municipalité, l'élu doit souvent faire des choix difficiles que lui imposent des devoirs importants et parfois conflictuels. Ses fonctions l'obligent à justifier ces choix dans le cadre d'un organisme à fonction délibérative. Ainsi, au cours des débats du conseil ou des organismes municipaux, il doit expliquer et défendre ses options. Il doit aussi les exposer et les justifier publiquement devant ses commettants ou certains d'entre eux. Son droit et même son obligation de parole constituent un aspect important de l'exercice de ses fonctions d'administrateur municipal.

(ii) Le régime de responsabilité applicable

Les élus municipaux sont en principe régis par le droit qui crée leurs fonctions, c'est-à-dire le droit public. Ce constat ne signifie pas que les élus ne puissent jamais être soumis au droit civil. Le droit public détermine cependant la mesure de leur assujettissement. Aussi, avant de conclure que l'acte individuel fautif de l'élu municipal québécois est assujetti au régime de responsabilité civile prévu aux art. 1457 *C.c.Q.* et suiv., il faut retrouver dans le droit public une règle qui le prescrit.

In *Laurentide Motels*, *supra*, this Court held that the extent to which public authorities are subject to the rules of the civil law in matters of liability was determined by the common law rule established by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. That rule provides that only those decisions of public authorities that are within the "operational sphere", as opposed to the political sphere, are subject to the rules of private law, the private law in Quebec being composed of the rules found in the Civil Code.

Laurentide Motels, *supra*, was decided under the *Civil Code of Lower Canada* ("*C.C.L.C.*"). The only provision of that Code that is even remotely relevant to the definition of the rules of civil liability that apply to public authorities was found in art. 356 *C.C.L.C.* That article provided that political corporations were governed by the public law and were only subject to the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society. Beetz J. said that this article had no normative value, and noted that it was very surprising if the law of exception, which, in that area, was at that time the civil law, were to determine itself the sphere in which it applied to public authorities (p. 720).

When the *Civil Code of Québec* came into force in 1994, it placed actions in liability against a public authority in a new context. While art. 356 *C.C.L.C.* has its equivalent in art. 300 of the new Code, art. 1376 *C.C.Q.* now provides that the rules set forth in the Book On Obligations "apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them". That is a public law rule. It relieves an individual who brings proceedings against a public authority from the obligation to identify a rule of public common law that makes the civil law applicable to his or her action. (See P.-A. Côté, "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*", in *Mélanges Jean Beetz* (1995), 385, at p. 397.) Article 1376 *C.C.Q.* also applies to the persons who make up a public

25 Dans l'affaire *Laurentide Motels*, précitée, notre Cour a décidé que la mesure de l'assujettissement des autorités publiques aux règles du droit civil en matière de responsabilité était déterminée par la règle de common law établie par la Chambre des lords dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Selon cette règle, seules les décisions des autorités publiques relevant de la « sphère opérationnelle », par opposition à la sphère politique, sont soumises aux règles de responsabilité du droit privé, ce droit étant par ailleurs au Québec formé des règles du Code civil.

26 L'arrêt *Laurentide Motels*, précité, a été rendu sous le *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »). Sa seule disposition pertinente, même de façon lointaine, à la définition du régime de responsabilité civile applicable aux autorités publiques se trouvait à l'art. 356 *C.c.B.-C.* Ce dernier disposait que les corporations politiques étaient régies par le droit public et n'étaient assujetties au droit civil que dans leurs rapports individuels, à certains égards, avec les autres membres de la société. Le juge Beetz a précisé que cet article n'avait pas de valeur normative, soulignant qu'il serait fort étonnant que le droit d'exception que constituait alors le droit civil dans ce domaine détermine lui-même sa sphère d'application aux autorités publiques (p. 720).

27 L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994 situe l'action en responsabilité intentée contre une autorité publique dans un nouveau contexte. Bien que l'art. 356 *C.c.B.-C.* ait son équivalent à l'art. 300 du nouveau Code, l'art. 1376 *C.c.Q.* prévoit désormais que les règles du Livre des Obligations « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Cette règle relève du droit public. Elle dispense le justiciable qui poursuit une autorité publique de l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant applicable le droit civil à son action. (Voir P.-A. Côté, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* », dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), 385, p. 397.) L'application de l'art. 1376

authority or a body of that authority, where their acts are connected with public duties. In the case that is the subject of this appeal, the respondent's actions were not performed as a private matter. They fell within the four corners of his actions as a municipal councillor. He was acting in this instance as a member of a public authority, the City of Repentigny, in the performance of important political duties. The action thus gave rise to a public liability problem, within the meaning of art. 1376 *C.C.Q.*

28 It may seem surprising that a public law rule would be found in the *Civil Code of Québec*. It is important to recall, however, that the new Code does not simply lay down a body of private law rules, or "a law of exception". As stated in its preliminary provision, it is the *jus commune* of Quebec:

> The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.
>
> The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it. [Emphasis added.]

29 The expression "*jus commune*" was not chosen randomly. An earlier version of the provision provided that the Code comprised a body of rules laying down the "private law". In response to the debate in the literature prompted by the decision in *Laurentide Motels*, *supra*, the expression "private law" was replaced by the more inclusive expression "*jus commune*". The backdrop against which this change was made leaves no doubt as to the very conscious decision made by the legislature to give the Civil Code the broadest possible operational scope. (See A.-F. Bisson, "La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*" (1999), 44 *McGill L.J.* 539. See also D. Lemieux, "L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif" (1994), 15 Admin. L.R. (2d) 275, at pp. 295-97.)

C.c.Q. s'étend aussi aux personnes qui composent l'administration publique ou un organe de celle-ci, dans la mesure où les actes posés se rattachent aux fonctions publiques. Dans le cas sous appel, les interventions de l'intimé ne se faisaient pas à titre privé. Elles se situaient dans le cadre de son action comme conseiller municipal. Il agissait alors comme membre d'une administration publique, la ville de Repentigny, dans l'exercice de fonctions politiques importantes. La poursuite donnait ainsi naissance à un problème de responsabilité publique, au sens de l'art. 1376 *C.c.Q.*

Il peut paraître étonnant qu'une règle de droit public se retrouve dans le *Code civil du Québec*. Il importe cependant de souligner que le nouveau Code n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, « un droit d'exception ». Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le droit commun du Québec :

> Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. [Je souligne.]

Le choix de l'expression « droit commun » ne résulte pas du hasard. Une version antérieure de la disposition prévoyait que le Code était constitué d'un ensemble de règles établissant le « droit privé ». Dans la foulée de la controverse doctrinale suscitée par l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, l'expression « droit privé » a été remplacée par celle, plus englobante, de « droit commun ». La toile de fond sur laquelle ce changement a été fait ne laisse planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de donner la plus grande portée possible au champ opérationnel du Code civil. (Voir A.-F. Bisson, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999), 44 *R.D. McGill* 539. Voir aussi D. Lemieux, « L'impact du *Code civil du Québec* en droit administratif » (1994), 15 Admin. L.R. (2d) 275, p. 295-297.)

In addition, there is no doubt as to the normative value of the preliminary provision at this point. That value was acknowledged in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, which recognized that the three-year limitation period established in art. 2930 *C.C.Q.* for actions for reparation for bodily injury prevailed over the time limits and short prescriptive periods set out in municipal legislation in Quebec.

In short, when the new provisions of the *Civil Code of Québec*, and more particularly art. 1376, came into force, they no longer allowed the use of the method laid down by *Laurentide Motels*, *supra*, insofar as that decision imposed an obligation on the individual to identify a public common law rule that made the private law applicable to his or her action in liability against the governmental body. The civil law principles of civil liability now apply, as a rule, to wrongful acts by such bodies. It therefore belongs to the party which intends to rely on the public law in order to avoid or to limit the application of the general rules of civil liability to establish, where the need arises, that there are relevant public law principles that prevail over the civil law rules.

(iii) Civil Law Rules of Liability

Quebec civil law does not provide for a specific form of action for interference with reputation. The basis for an action in defamation in Quebec is found in art. 1457 *C.C.Q.*, which lays down the general rules that apply to questions of civil liability. Thus, in an action in defamation, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, the existence of injury, of a wrongful act, and of a causal connection, as in the case of any other action in civil, delictual or quasi-delictual liability. (See N. Vallières, *La presse et la diffamation* (1985), at p. 43; *Houde v. Benoit*, [1943] Que. K.B. 713, at p. 720; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), at p. 1818.)

To demonstrate the first element of civil liability, the existence of injury, the plaintiff must convince the judge that the impugned remarks were defamatory. The concept of defamation has been defined in several ways over the years. Generally speaking, it is held that defamation [TRANSLATION] "consists in

30 D'autre part, la valeur normative de la disposition préliminaire ne fait plus de doute. Elle est consacrée dans l'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, qui reconnaît alors la préséance de la prescription de trois ans établie par l'art. 2930 *C.c.Q.* pour les actions en réparation d'un préjudice corporel sur les délais de déchéance et courtes prescriptions prévus par la législation municipale québécoise.

31 Somme toute, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*, et de l'art. 1376 plus particulièrement, ne permet plus de retenir la méthode prescrite par l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, dans la mesure où celle-ci imposait au particulier l'obligation d'identifier une règle de common law publique rendant le droit privé applicable à son action en responsabilité contre l'administration publique. Dorénavant, le régime civiliste de la responsabilité s'applique en principe à l'acte fautif de l'administration. Il revient alors à la partie qui entend se prévaloir du droit public pour éviter ou restreindre l'application du régime général de responsabilité civile de démontrer, le cas échéant, que des principes de droit public pertinents priment sur les règles du droit civil.

(iii) Le régime civiliste de responsabilité

32 Le droit civil québécois ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. Le fondement du recours en diffamation au Québec se trouve à l'art. 1457 *C.c.Q.* qui fixe les règles générales applicables en matière de responsabilité civile. Ainsi, dans un recours en diffamation, le demandeur doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité, comme dans le cas de toute autre action en responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle. (Voir N. Vallières, *La presse et la diffamation* (1985), p. 43; *Houde c. Benoit*, [1943] B.R. 713, p. 720; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), p. 1818.)

33 Pour démontrer le premier élément de la responsabilité civile, soit l'existence d'un préjudice, le demandeur doit convaincre le juge que les propos litigieux sont diffamatoires. Le concept de diffamation a fait l'objet de plusieurs définitions au fil des années. De façon générale, on reconnaît que la

the communication of spoken or written remarks that cause someone to lose in estimation or consideration, or that prompt unfavourable or unpleasant feelings toward him or her" (*Radio Sept-Îles*, *supra*, at p. 1818).

34 Whether remarks are defamatory is determined by applying an objective standard (*Hervieux-Payette v. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 (Sup. Ct.), at p. 143, reversed on other grounds by *Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal v. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.)). In other words, we must ask whether an ordinary person would believe that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of another person. On this point, we should note that words may be defamatory because of the idea they expressly convey, or by the insinuations that may be inferred from them. In *Beaudoin v. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204 (Sup. Ct.), at p. 211, Senécal J. provided a good summary of the approach to be taken in determining whether particular remarks are defamatory in nature:

> [TRANSLATION] "The form in which the libel is expressed is of little import; it is the result achieved in the mind of the reader that creates the delict." The defamatory allegation or imputation may be direct, or it may be indirect, "by simple allusion, insinuation or irony, or be made conditionally, as an expression of doubt, or hypothetically." Often, the allegation or imputation "is conveyed to the reader by way of a simple insinuation, an interrogative sentence, a reference to a rumour, mention of information that has infiltrated the public awareness, juxtaposition of unrelated facts that, together, take on the appearance of being related".
>
> The words must also be interpreted in their context. For instance, "it is not possible to isolate a passage from a text and complain of it, if the entire text sheds a different light on that excerpt". On the other hand, "it matters little that the elements of which it is composed are true if the text as a whole conveys a message that is contrary to reality". In fact, truth or reality may be distorted by half-truths, selective compilation, omissions, and so on. "We must consider a newspaper article or radio broadcast as a whole, and the sentences and words must be interpreted by reference to one another."

35 However, a person who has made remarks that are deemed to be defamatory will not necessarily

diffamation « consiste dans la communication de propos ou d'écrits qui font perdre l'estime ou la considération de quelqu'un ou qui, encore, suscitent à son égard des sentiments défavorables ou désagréables » (*Radio Sept-Îles*, précité, p. 1818).

La nature diffamatoire des propos s'analyse selon une norme objective (*Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 (C.S.), p. 143, infirmé, mais non sur ce point, par *Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669 (C.A.)). Il faut, en d'autres termes, se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers. À cet égard, il convient de préciser que des paroles peuvent être diffamatoires par l'idée qu'elles expriment explicitement ou encore par les insinuations qui s'en dégagent. Dans l'affaire *Beaudoin c. La Presse Ltée*, [1998] R.J.Q. 204 (C.S.), p. 211, le juge Senécal résume bien la démarche à suivre pour déterminer si certains propos revêtent un caractère diffamatoire :

> « La forme d'expression du libelle importe peu; c'est le résultat obtenu dans l'esprit du lecteur qui crée le délit ». L'allégation ou l'imputation diffamatoire peut être directe comme elle peut être indirecte « par voie de simple allusion, d'insinuation ou d'ironie, ou se produire sous une forme conditionnelle, dubitative, hypothétique ». Il arrive souvent que l'allégation ou l'imputation « soit transmise au lecteur par le biais d'une simple insinuation, d'une phrase interrogative, du rappel d'une rumeur, de la mention de renseignements qui ont filtré dans le public, de juxtaposition de faits divers qui ont ensemble une semblance de rapport entre eux ».
>
> Les mots doivent d'autre part s'interpréter dans leur contexte. Ainsi, « il n'est pas possible d'isoler un passage dans un texte pour s'en plaindre, si l'ensemble jette un éclairage différent sur cet extrait ». À l'inverse, « il importe peu que les éléments qui le composent soient véridiques si l'ensemble d'un texte divulgue un message opposé à la réalité ». On peut de fait déformer la vérité ou la réalité par des demi-vérités, des montages tendancieux, des omissions, etc. « Il faut considérer un article de journal ou une émission de radio comme un tout, les phrases et les mots devant s'interpréter les uns par rapport aux autres. »

Cependant, des propos jugés diffamatoires n'engageront pas nécessairement la responsabilité civile

be civilly liable for them. The plaintiff must further demonstrate that the person who made the remarks committed a wrongful act. In *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at pp. 301-2, J.-L. Baudouin and P. Deslauriers point out that in defamation cases, the wrongful act may derive from two types of conduct, one malicious and the other merely negligent:

[TRANSLATION] The first is an act in which the defendant, knowingly, in bad faith, with intent to harm, attacks the reputation of the victim and tries to ridicule or humiliate him or her, expose the victim to the hatred or contempt of the public or a group. The second results from conduct in which there is no intent to harm, but in which the defendant has nonetheless interfered with the reputation of the victim through the defendant's temerity, negligence, impertinence or carelessness. Both kinds of conduct constitute a civil fault and entitle the victim to reparation, and there is no difference between them in terms of the right. In other words, we must refer to the ordinary rules of civil liability and resolutely abandon the false idea that defamation is only the result of an act of bad faith where there was intent to harm.

Based on the description of these two types of conduct, we can identify three situations in which a person who made defamatory remarks could be civilly liable. The first occurs when a person makes unpleasant remarks about a third party, knowing them to be false. Such remarks could only have been made maliciously, with the intention to harm another person. The second situation occurs when a person spreads unpleasant things about someone else, when he or she should have known them to be false. A reasonable person will generally refrain from giving out unfavourable information about other people if he or she has reason to doubt the truth of the information. The third case, which is often forgotten, is the case of a scandalmonger who makes unfavourable but true statements about another person without any valid reason for doing so. (See J. Pineau and M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2nd ed. 1980), at pp. 63-64.)

Accordingly, in Quebec civil law, communicating false information is not necessarily a wrongful act. On the other hand, conveying true information may sometimes be a wrongful act. This is an important difference between the civil law and the

de leur auteur. Il faudra, en outre, que le demandeur démontre que l'auteur des propos a commis une faute. Dans leur traité, *La responsabilité civile* (5e éd. 1998), J.-L. Baudouin et P. Deslauriers précisent, aux p. 301-302, que la faute en matière de diffamation peut résulter de deux types de conduites, l'une malveillante, l'autre simplement négligente :

La première est celle où le défendeur, sciemment, de mauvaise foi, avec intention de nuire, s'attaque à la réputation de la victime et cherche à la ridiculiser, à l'humilier, à l'exposer à la haine ou au mépris du public ou d'un groupe. La seconde résulte d'un comportement dont la volonté de nuire est absente, mais où le défendeur a, malgré tout, porté atteinte à la réputation de la victime par sa témérité, sa négligence, son impertinence ou son incurie. Les deux conduites constituent une faute civile, donnent droit à réparation, sans qu'il existe de différence entre elles sur le plan du droit. En d'autres termes, il convient de se référer aux règles ordinaires de la responsabilité civile et d'abandonner résolument l'idée fausse que la diffamation est seulement le fruit d'un acte de mauvaise foi emportant intention de nuire.

36 À partir de la description de ces deux types de conduite, il est possible d'identifier trois situations susceptibles d'engager la responsabilité de l'auteur de paroles diffamantes. La première survient lorsqu'une personne prononce des propos désagréables à l'égard d'un tiers tout en les sachant faux. De tels propos ne peuvent être tenus que par méchanceté, avec l'intention de nuire à autrui. La seconde situation se produit lorsqu'une personne diffuse des choses désagréables sur autrui alors qu'elle devrait les savoir fausses. La personne raisonnable s'abstient généralement de donner des renseignements défavorables sur autrui si elle a des raisons de douter de leur véracité. Enfin, le troisième cas, souvent oublié, est celui de la personne médisante qui tient, sans justes motifs, des propos défavorables, mais véridiques, à l'égard d'un tiers. (Voir J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (2e éd. 1980), p. 63-64.)

37 Ainsi, en droit civil québécois, la communication d'une information fausse n'est pas nécessairement fautive. À l'inverse, la transmission d'une information véridique peut parfois constituer une faute. On retrouve là une importante différence entre le droit

common law, in which the falsity of the things said is an element of the tort of defamation. However, even in the civil law, the truth of what is said may be a way of proving that no wrongful act was committed, in circumstances in which the public interest is in issue (see the comments by Vallières, *supra*, at p. 10, cited with approval by the Quebec Court of Appeal in *Radio Sept-Îles*, *supra*, at p. 1819).

38 In every case, determining fault is a contextual question of fact and circumstances. On this point, it is important to note that an action in defamation involves two fundamental values: freedom of expression and the right to reputation. This Court has long recognized the importance of the first of those values in a democratic society. In *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46, Cannon J. explained that freedom of expression was a necessary prerequisite for the proper function of our parliamentary institutions:

> Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy. . . . Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law.

39 With the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"), this Court has frequently reiterated the crucial role of freedom of expression. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, for example, Cory J. said, at p. 1336, that it was "difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression". See also *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 968-69; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 763-64; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 171-77; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 752; *Libman v.*

civil et la common law où la fausseté des propos participe du délit de diffamation (*tort of defamation*). Toutefois, même en droit civil, la véracité des propos peut constituer un moyen de prouver l'absence de faute dans des circonstances où l'intérêt public est en jeu (voir les propos de Vallières, *op. cit.*, p. 10, approuvés par la Cour d'appel du Québec dans *Radio Sept-Îles*, précité, p. 1819).

Dans tous les cas, l'appréciation de la faute demeure une question contextuelle de faits et de circonstances. À cet égard, il importe de rappeler que le recours en diffamation met en jeu deux valeurs fondamentales, soit la liberté d'expression et le droit à la réputation. Notre Cour a reconnu très tôt l'importance de la première de ces valeurs dans une société démocratique. Ainsi, dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 145-146, le juge Cannon expliquait que la liberté d'expression était une condition nécessaire au bon fonctionnement de nos institutions parlementaires :

> [TRADUCTION] La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves. [. . .] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement: une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État.

Notre Cour a réitéré à maintes reprises le rôle crucial de la liberté d'expression avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par exemple, le juge Cory affirmait, à la p. 1336, qu'il était « difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique ». Voir aussi *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968-969; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763-764; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 171-177; *R. c. Zundel*, [1992] 2

Quebec (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569, at paras. 28-29; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 92; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 23; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14, at paras. 19-20.

The *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, which is applicable in this case, a matter that is within the legislative jurisdiction of the National Assembly of Quebec, recognizes the crucial importance of freedom of expression. Section 3 of that Charter ranks that freedom among the fundamental rights that s. 52 provides will prevail over Quebec's legislation (see *Ford*, *supra*; see also *Guignard*, *supra*, at para. 18).

In addition, this Court has often stressed that political discourse is central to the constitutional guarantee of freedom of expression (*Thomson Newspapers*, *supra*; *Sharpe*, *supra*; *Guignard*, *supra*). In *Keegstra*, *supra*, at pp. 763-64, Dickson C.J. said, *inter alia*:

> The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(*b*) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons.

In a defamation action against an elected municipal official, freedom of expression takes on singular importance, because of the intimate connection between the role of that official and the preservation of municipal democracy. Elected municipal officials are, in a way, conduits for the voices of their constituents: they convey their grievances to municipal government and they also inform them about the state of that government (Gaudreault-Desbiens, *supra*, at p. 486). Their right to speak cannot be limited without negative impact on the vitality of municipal democracy, as Professor P. Trudel noted in an article entitled "Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la participation

R.C.S. 731, p. 752; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 28-29; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 92; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 23; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14, par. 19-20.

40 Applicable en l'espèce, dans une matière qui relève de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, reconnaît l'importance critique de la liberté d'expression. Son article 3 la range en effet parmi ces droits fondamentaux dont son art. 52 consacre la primauté par rapport à la législation québécoise (voir *Ford*, précité; voir aussi *Guignard*, précité, par. 18).

41 Par ailleurs, notre Cour a souvent souligné que le discours politique se situait au cœur même de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression (*Thomson Newspapers*, *Sharpe*, *Guignard*, précités). Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 763-764, le juge en chef Dickson affirmait entre autres :

> Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2*b*), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.

42 Dans une action en diffamation contre un élu municipal, la liberté d'expression revêt une singulière importance puisque le rôle de cet élu est intimement lié à la pérennité de la démocratie municipale. L'élu municipal est en quelque sorte le porte-voix de ses électeurs : il transmet leurs doléances à l'administration, d'une part, et les informe de l'état de cette administration, d'autre part (Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 486). Son droit de parole ne saurait être limité sans conséquences négatives sur la vitalité de la démocratie municipale, comme le souligne le professeur P. Trudel dans un article intitulé « Poursuites en diffamation et censure des débats publics. Quand la

aux débats démocratiques nous conduit en cour" (1998), 5 *B.D.M.* 18, at p. 18:

[TRANSLATION] Municipal democracy is based on confrontation between views and on open, and sometimes vigorous and passionate, debate. Discussion about controversial subjects can occur only in an atmosphere of liberty. If the rules governing the conduct of such debates are applied in such a way as to cause the people who participate in them to fear that they will be hauled before the courts for the slightest breach, the probability that they will choose to withdraw from public life will increase.

43 That freedom of speech is not absolute. It is limited by, *inter alia*, the requirements imposed by other people's right to the protection of their reputation. As Cory J. observed in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 108, reputation is an attribute of personality that any democratic society concerned about respect for the individual must protect:

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. It is that good repute which enhances an individual's sense of worth and value. False allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former lustre. A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

44 The right to reputation is also protected, in Quebec, by s. 4 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* and by art. 3 *C.C.Q.* As well, although it is not specifically mentioned in the *Canadian Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Canadian Charter* rights (*Hill*, *supra*, at para. 120).

45 Accordingly, while elected municipal officials may be quite free to discuss matters of public interest, they must act as would the reasonable person. The reasonableness of their conduct will often be demonstrated by their good faith and the prior checking they did to satisfy themselves as to the truth of their allegations. These are guidelines for exercising their right to comment, which has been repeatedly reaffirmed by the courts.

participation aux débats démocratiques nous conduit en cour » (1998), 5 *B.D.M.* 18, p. 18 :

La démocratie municipale suppose la confrontation des points de vue et les débats ouverts, parfois vigoureux et passionnés. Les échanges sur des matières controversées ne peuvent exister que dans un climat de liberté. Si les règles entourant le déroulement de pareils débats sont appliquées de manière à laisser craindre à ceux qui y participent d'être traînés devant les tribunaux, au moindre écart, la probabilité qu'ils choisissent de se retirer de la chose publique s'accroît.

Cette liberté de parole n'est toutefois pas absolue. Elle est limitée, entre autres, par les exigences du droit d'autrui à la protection de sa réputation. Comme le soulignait le juge Cory dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 108, la réputation fait partie de ces attributs de la personnalité que doit protéger toute société démocratique soucieuse du respect de la personne :

Les démocraties ont toujours reconnu et révéré l'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. Cette bonne réputation, qui rehausse le sens de valeur et de dignité d'une personne, peut également être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes.

Le droit à la réputation est par ailleurs protégé au Québec par l'art. 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et par l'art. 3 *C.c.Q.* De plus, bien que la réputation de l'individu ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte canadienne*, elle participe de sa dignité, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte canadienne* (*Hill*, précité, par. 120).

En conséquence, aussi libre qu'il soit de discuter de sujets d'intérêt public, l'élu municipal doit agir en personne raisonnable. Le caractère raisonnable de sa conduite sera souvent démontré par sa bonne foi et les vérifications préalables qu'il aura effectuées pour s'assurer de la véracité de ses allégations. Il s'agit là des balises de son droit de commentaire qui a été maintes fois reconnu par les tribunaux.

(iv) Public Common Law Rules That Prevail

The question that arises at this stage is whether there are public law rules that defeat the application of the civil law rules of liability for the individual wrongful acts of elected municipal officials. Quebec public law is composed of the written law and the "public" common law. Only those common law rules that are public in nature apply in the province, because the *Quebec Act, 1774*, established that the civil law prevails in respect of property and civil rights. Identifying the rules of the public common law may be an especially difficult task for the Quebec jurist, because the common law, as a rule, makes no distinction between private law and public law. Public law and private law problems must be examined and resolved within a single legal system, using a consistent method and the same vocabulary or concepts. Nonetheless, those rules must be identified, in order to coordinate the two legal systems in Quebec, which apply in separate spheres. (See *Laurentide Motels*, *supra*, at p. 721.) This Court has developed that legal technique as a method to be used for solving the problems that might arise when the common law and the civil law come in contact, in some areas of Quebec law, because of the mixed nature of that law. This is not to suggest that outside that context, as a general rule, there is a *summa divisio* in common law that would distinguish public common law from private common law for all purposes.

As noted earlier, the laws governing elected municipal officials in Quebec, apart from a few particular provisions that do not apply in this case, are silent as to the personal liability of those officials for their wrongful individual acts. Accordingly, any public law rule that deviates from the *jus commune* of civil liability will necessarily derive from the public common law.

The respondent raised two defences derived from the common law: qualified privilege and the defence

(iv) Les règles prépondérantes de common law publique

46 La question qui se pose à ce stade est celle de savoir s'il existe des règles de droit public faisant échec à l'application du régime civiliste de responsabilité à l'acte individuel fautif de l'élu municipal. Le droit public du Québec se compose du droit écrit et de la common law « publique ». Seules les règles de common law qui revêtent un caractère public s'appliquent dans la province puisque l'*Acte de Québec de 1774* a établi la primauté du droit civil en matière de propriété et de droits civils. L'identification des règles de common law publique peut s'avérer une tâche particulièrement difficile pour le juriste québécois puisque la common law ne fait en principe aucune distinction entre le droit privé et le droit public. Les problèmes de droit public et de droit privé s'étudient et se règlent à l'intérieur d'un même système juridique, sans rupture de méthode ni changement de vocabulaire ou de concepts. Cette identification demeure néanmoins une tâche nécessaire pour assurer la coordination des deux régimes juridiques du Québec qui s'y appliquent dans des sphères distinctes. (Voir *Laurentide Motels*, précité, p. 721.) Notre Cour a développé cette technique juridique comme une méthode propre à la solution des problèmes que pouvait poser la mise en relation de la common law et du droit civil, dans certains domaines du droit québécois, en raison du caractère mixte de celui-ci. Hors de ce cadre, il ne s'agit pas pour autant de suggérer, de façon générale, qu'il existe une *summa divisio* en common law, qui distinguerait à toutes fins une common law publique d'une common law privée.

47 Tel que mentionné précédemment, les lois régissant les élus municipaux au Québec, mises à part quelques dispositions particulières ne trouvant pas application en l'espèce, demeurent silencieuses sur la responsabilité personnelle des élus municipaux pour leurs actes individuels fautifs. Par conséquent, toute règle de droit public écartant le droit commun de la responsabilité civile émane nécessairement de la common law publique.

48 L'intimé a invoqué deux défenses issues de la common law : l'immunité relative et la défense

of fair comment. Those defences were introduced into the civil law some years ago under the influence of an earlier tendency on the part of the Quebec courts to import common law concepts in areas of the law that are governed by both public law and private law rules. In order to determine whether those defences may be applied directly in the civil law, we must determine the nature of the defences. As noted earlier, whether they may be raised depends on whether they are public in nature.

(v) Qualified Privilege

49 Elected municipal officials do not enjoy the parliamentary privilege enjoyed by members of the National Assembly of Quebec or of the federal Parliament (R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 12-20 and 12-21; J. Hétu, Y. Duplessis and D. Pakenham, *Droit municipal: principes généraux et contentieux* (1998), at p. 177). The English and Canadian courts, however, have held that words spoken at a meeting of a municipal council are protected by qualified privilege (J. P. S. McLaren, "The Defamation Action and Municipal Politics" (1980), 29 *U.N.B.L.J.* 123, at pp. 134-35). Accordingly, the fact that words spoken at a meeting are defamatory does not, in itself, mean that a municipal councillor will be liable therefor. In order to succeed in his or her action, the plaintiff must prove malicious intent or intent to harm on the part of the councillor (Brown, *supra*, at p. 13-4). The reason for that qualified privilege was eloquently stated by Diplock L.J. in *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), at p. 152:

> My Lords, what is said by members of a local council at meetings of the council or of any of its committees is spoken on a privileged occasion. The reason for the privilege is that those who represent the local government electors should be able to speak freely and frankly, boldly and bluntly, on any matter which they believe affects the interests or welfare of the inhabitants. They may be swayed by strong political prejudice, they may be obstinate and pig-headed, stupid and obtuse; but they were chosen by the electors to speak their minds on matters of local concern and so long as they do so honestly they run no risk of liability for

de commentaire loyal et honnête. Ces défenses ont été introduites en droit civil il y a déjà plusieurs années sous l'influence d'une ancienne tendance des tribunaux québécois à importer des concepts de common law dans des secteurs du droit à la fois régis par des règles de droit public et de droit privé. Pour déterminer si ces défenses peuvent s'appliquer directement en droit civil, il est nécessaire de préciser leur nature. Tel que mentionné plus haut, leur admissibilité dépend de leur caractère public.

(v) L'immunité relative

Les élus municipaux ne jouissent pas de l'immunité parlementaire dont bénéficient les membres de l'Assemblée nationale du Québec ou du Parlement fédéral (R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 12-20 et 12-21; J. Hétu, Y. Duplessis et D. Pakenham, *Droit municipal : principes généraux et contentieux* (1998), p. 177). Les tribunaux anglais et canadiens ont cependant reconnu que les paroles prononcées lors d'une séance du conseil municipal étaient protégées par une immunité relative (J. P. S. McLaren, « The Defamation Action and Municipal Politics » (1980), 29 *R.D. U.N.-B.* 123, p. 134-135). En conséquence, le caractère diffamatoire des paroles prononcées lors d'une séance n'engage pas à lui seul la responsabilité du conseiller municipal. Pour réussir dans son action, le demandeur doit de plus prouver l'intention malveillante ou la volonté de nuire du conseiller (Brown, *op. cit.*, p. 13-4). La raison d'être de cette immunité relative est exposée de façon éloquente par lord Diplock dans *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.), p. 152 :

> [TRADUCTION] Vos Seigneuries, les membres d'un conseil municipal qui s'expriment lors d'une réunion du conseil ou d'un de ses comités jouissent d'une certaine immunité. La raison d'être de cette immunité tient à ce que ceux qui représentent les électeurs de l'administration locale devraient pouvoir s'exprimer librement et franchement, avec audace et sans ménagements, sur toute question qu'ils croient toucher les intérêts ou le bien-être des citoyens. Ils peuvent être influencés par des préjugés politiques solidement ancrés, faire preuve d'opiniâtreté ou d'entêtement, être stupides ou bornés; mais l'électorat les a choisis pour s'exprimer sur des questions d'intérêt

defamation of those who are the subjects of their criticism.

See also *Shaw v. Morgan* (1888), 15 R. 865 (Ct. of Sess.), at p. 869; *Ward v. McBride* (1911), 24 O.L.R. 555 (Div. Ct.), at p. 568; *Edwards v. Gattmann* (1928), 40 B.C.R. 122 (S.C.); *Savidant v. Day* (1933), 5 M.P.R. 554 (P.E.I.S.C.), at p. 559, aff'd [1933] 4 D.L.R. 456 (P.E.I.S.C. *en banc*); *Peckham v. Mount Pearl (City)* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 142 (Nfld. S.C.); *Johnson v. Jolliffe* (1981), 26 B.C.L.R. 176 (S.C.); Brown, *supra*, at pp. 13-162 to 13-165. There have also been a number of judgments of the Quebec courts recognizing the common law qualified privilege of elected municipal officials: *Lamy v. Pagé* (1910), 16 R. de J. 456 (Sup. Ct.); *Belley v. Labrecque* (1910), 20 Que. K.B. 79; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Clearihue* (1911), 20 Que. K.B. 529; *Pichette v. Giroux* (1914), 20 R. de J. 595 (Ct. Rev.); *Joannette v. Jasmin* (1914), 21 R.L. 78 (Ct. Rev.); *Houde*, *supra*; *Anjou 80 v. Simard*, [1987] R.R.A. 805 (Sup. Ct.); *Revelin v. Boutin*, [1991] R.R.A. 507 (C.Q.); *Rouillard v. Malacort*, [1993] R.R.A. 486 (C.Q.); *129675 Canada Inc. v. Caron*, [1996] R.R.A. 1175 (Sup. Ct.).

The defence of qualified privilege is not reserved exclusively to elected municipal officials. It applies whenever a person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social or moral, to make it to another person who has a corresponding interest or duty to receive it (*Adam v. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), at p. 334, approved by this Court in *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, at p. 321; *Hill*, *supra*, at paras. 143-46; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at paras. 78-81). This will be the case, for example, where an employer or professor provides references about his or her employee or student, or where a journalist publishes defamatory information in the public interest that he or she honestly believes to be true.

The fact that the defence of qualified privilege may be raised by individuals who are not performing the duties of a public office casts doubt on its purely public nature. We would note that if the

local et, dans la mesure où ils le font en toute honnêteté, ils ne courent pas le risque de se rendre coupables de diffamation à l'égard de ceux qui font l'objet de leurs critiques.

Voir aussi *Shaw c. Morgan* (1888), 15 R. 865 (Ct. of Sess.), p. 869; *Ward c. McBride* (1911), 24 O.L.R. 555 (C. div.), p. 568; *Edwards c. Gattmann* (1928), 40 B.C.R. 122 (C.S.); *Savidant c. Day* (1933), 5 M.P.R. 554 (C.S.Î.-P.-É.), p. 559, conf. par [1933] 4 D.L.R. 456 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*); *Peckham c. Mount Pearl (City)* (1994), 122 Nfld. & P.E.I.R. 142 (C.S.T.-N.); *Johnson c. Jolliffe* (1981), 26 B.C.L.R. 176 (C.S.); Brown, *op. cit.*, p. 13-162 à 13-165. Plusieurs jugements des tribunaux québécois ont également reconnu aux élus municipaux l'immunité relative de common law : *Lamy c. Pagé* (1910), 16 R. de J. 456 (C.S.); *Belley c. Labrecque* (1910), 20 B.R. 79; *Montreal Light, Heat & Power Co. c. Clearihue* (1911), 20 B.R. 529; *Pichette c. Giroux* (1914), 20 R. de J. 595 (C. rév.); *Joannette c. Jasmin* (1914), 21 R.L. 78 (C. rév.); *Houde*, précité; *Anjou 80 c. Simard*, [1987] R.R.A. 805 (C.S.); *Revelin c. Boutin*, [1991] R.R.A. 507 (C.Q.); *Rouillard c. Malacort*, [1993] R.R.A. 486 (C.Q.); *129675 Canada Inc. c. Caron*, [1996] R.R.A. 1175 (C.S.).

50 La défense d'immunité relative n'est pas exclusive aux élus municipaux. Elle trouve application chaque fois qu'une personne qui communique des renseignements a un intérêt ou une obligation légale, sociale ou morale, de les transmettre à une autre personne qui a un intérêt réciproque à les recevoir (*Adam c. Ward*, [1917] A.C. 309 (H.L.), p. 334, approuvé par notre Cour dans *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, p. 321; *Hill*, précité, par. 143-146; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 78-81). C'est notamment le cas lorsqu'un employeur ou un professeur donne des références sur son employé ou son étudiant ou encore lorsqu'un journaliste publie dans l'intérêt public des informations diffamatoires qu'il croit honnêtement vraies.

51 Le fait que la défense d'immunité relative puisse être invoquée par des personnes n'exerçant pas des fonctions publiques jette un doute sur son caractère purement public. Rappelons que si cette défense

defence derived from the private common law, it could not defeat the application of the usual rules of the civil law. For the purpose of determining whether the rule is applicable in Quebec law, with or without adaptation or by identifying rules that are equivalent, in terms of their effects, in Quebec law, it therefore becomes necessary to distinguish between private common law and public common law.

52 Any attempt to distinguish between two branches of a common law that is, in principle, a single body, will necessarily generate methodological difficulties. Properly speaking, there are no established criteria by which a public common law rule may be identified. However, in *Laurentide Motels*, *supra*, at p. 723, Beetz J. said that "[a] rule which has application only to public bodies, which exists and is justified by the public nature of those bodies, is surely a rule of public law." Professor Côté, *supra*, clearly understood what that statement meant when he wrote, at p. 401:

> [TRANSLATION] We might think that Beetz J. did not intend to propose two distinct criteria for whether a common law rule is public in nature, because it is hard to imagine circumstances in which a rule would be applicable only to public authorities when this specific legal treatment was not justified by the public nature of the persons to whom it applied. We may conclude that a common law rule will be in the nature of a public law rule, *inter alia*, when it applies only to public authorities. On the other hand, a common law rule that applies without distinction to public authorities and to individuals would not be *a priori* in the nature of a public law rule.

53 Qualified privilege is not, *a priori*, a concept unique to the public common law. It may be raised by individuals just as it may be raised by persons performing the duties of public office. In fact, as its definition suggests, qualified privilege attaches much more often to particular circumstances than to specific classes of identifiable persons. It is therefore more accurate to talk about "privileged occasions" than about "privileged persons". Things done by municipal councillors acting in the course of the duties of their office fall into those privileged occasions where important public interest considerations call for them to be granted partial protection

était propre à la common law privée, elle ne pourrait faire échec à l'application des règles habituelles du droit civil. Aux fins de déterminer si cette règle est applicable en droit québécois, avec ou sans adaptation, ou par l'identification de règles équivalentes par leurs effets dans ce dernier, il devient donc nécessaire de distinguer common law privée et common law publique.

Toute tentative de distinction entre deux branches d'une common law en principe unique suscite nécessairement des difficultés méthodologiques. À proprement parler, il n'existe pas de critères établis permettant d'identifier une règle de common law publique. Toutefois, dans l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, p. 723, le juge Beetz a affirmé qu'« [u]ne règle qui ne s'applique qu'aux organismes publics, et dont l'existence et la justification trouvent leur source dans le caractère public de ces organismes, est assurément une règle de droit public ». Le professeur Côté, *loc. cit.*, saisit bien la portée de cette affirmation lorsqu'il écrit à la p. 401 :

> On peut penser que le juge Beetz n'entendait pas proposer deux critères distincts du caractère public d'une règle de common law, car on imagine mal dans quelles circonstances une règle ne serait applicable qu'à des autorités publiques alors que ce traitement juridique spécifique ne serait pas justifié par le caractère public des personnes auxquelles il s'applique. On retiendra qu'une règle de common law présente le caractère d'une règle de droit public notamment lorsqu'elle s'applique aux seules autorités publiques. À l'inverse, une règle de common law qui s'applique indistinctement aux autorités publiques et aux particuliers n'aurait pas *a priori* le caractère de règle de droit public.

L'immunité relative n'est pas à priori une notion propre à la common law publique. Elle peut tout aussi bien être invoquée par des particuliers que par des personnes exerçant des fonctions publiques. En fait, comme sa définition l'indique, l'immunité relative se rattache beaucoup plus à certaines circonstances qu'à des catégories déterminées de personnes identifiables. Aussi, est-il plus juste de parler « d'occasions privilégiées » que de « personnes privilégiées ». Les interventions des conseillers municipaux, agissant dans le cadre de leurs fonctions, se situent dans le domaine de ces occasions privilégiées où des considérations importantes d'intérêt

against the legal consequences that flow from words that would otherwise be regarded as defamatory. As noted earlier, the duties of office of municipal councillors require that they take public positions and make efforts to explain and persuade with respect to the numerous problems that arise in a municipality and in the running of it. The councillor's freedom of expression is a crucial instrument for achieving effective participation in and transparent management of municipal affairs. Decisions that sometimes have a negative effect on individuals or on important interests not only must be made, but must also be justified to the public. Freedom of speech, when exercised in a manner that respects other persons but exercised freely, is an essential instrument for the proper performance of the duties of the office of an elected municipal official. For that reason, it is generally acknowledged that words spoken by a municipal councillor at a council meeting are protected. Although not all instances of qualified privilege fall into the realm of public law, obviously, the qualified privilege that protects a municipal councillor at council meetings is clearly part of it: the application of this particular form of qualified privilege is so intimately connected to the public nature of the duties of office performed by a municipal councillor, and to the unique requirements of that office, that it must be recognized as a principle of the public common law that is applicable in Quebec law.

Once a municipal councillor's qualified privilege has been characterized as a principle of public law, this Court must determine whether that defence may be incorporated, in that form, into the rules governing civil liability in Quebec without disturbing the coherence of those rules. It would be extremely unwise to import, *holus bolus*, legal concepts that were developed in another system of law without first determining whether they are compatible with the rules that apply to civil liability in Quebec. This Court has, on occasion, noted the difficulties created by the transposition of blocks of rules from a different legal system, particularly in the law of civil liability. Some of the comments made by Beetz J. in examining a case involving liability for the act of a thing are entirely on point here (*Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452, at pp. 467-69).

public commandent de leur accorder une protection partielle contre les conséquences juridiques découlant de paroles qui seraient autrement considérées diffamatoires. Tel que mentionné plus haut, les fonctions des conseillers municipaux exigent des prises de position publiques ainsi que des efforts d'explication et de persuasion sur les nombreux problèmes que posent la vie et la gestion d'une municipalité. La liberté d'expression du conseiller représente un instrument critique pour une participation efficace et une gestion transparente des affaires municipales. Des décisions affectant parfois négativement des personnes ou des intérêts importants doivent être non seulement prises, mais aussi justifiées à l'égard des citoyens. La liberté de parole exercée dans le respect d'autrui, mais librement, constitue un instrument essentiel au bon exercice des fonctions de l'élu municipal. Pour cette raison, il est généralement admis que les paroles prononcées par un conseiller municipal lors d'une séance du conseil sont protégées. Bien que les cas d'immunité relative ne relèvent certes pas tous du droit public, celle qui protège le conseiller municipal lors des séances du conseil en fait indéniablement partie. En effet, l'application de cette forme particulière d'immunité relative est si intimement liée à la nature publique des fonctions exercées par le conseiller municipal et aux exigences propres à celles-ci qu'elle doit être reconnue comme principe de common law publique, applicable en droit québécois.

54 Une fois l'immunité relative du conseiller municipal qualifiée de principe de droit public, notre Cour doit vérifier si cette défense peut s'intégrer telle quelle au régime québécois de la responsabilité civile sans attenter à sa cohérence. Il serait en effet fort imprudent d'importer en bloc des notions juridiques élaborées dans un autre système de droit sans d'abord vérifier leur compatibilité avec les règles du régime de responsabilité civile du Québec. Notre Cour a parfois dû rappeler les difficultés que posaient des transpositions de blocs de règles issues d'un système juridique différent, notamment dans le droit de la responsabilité civile. Certaines remarques du juge Beetz, à l'occasion de l'examen d'une affaire de responsabilité du fait des choses, conservent toute leur pertinence à propos de cette question (*Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452,

As well, as noted earlier, the *Civil Code of Québec* clearly establishes that the rules governing the extra-contractual liability of public authorities in Quebec are the rules of the *jus commune*, that is, the rules of the civil law. Even where a public common law rule is held to be applicable, the general framework for analysing liability is still the framework proposed by the civil law. Accordingly, a common law rule will sometimes have to be reworked to remedy the contradictions or difficulties that result from superimposing concepts that derive from different legal systems. As Professor Côté wrote, *supra*, at p. 398:

> [TRANSLATION] When one legal system borrows from another, there will always be problems. This is not a matter of simply taking an apple from one basket and putting it in another. Each element of a legal system derives its meaning, its very value, from the fact that it belongs to that system. We therefore cannot dissociate it from that system and introduce it into another system without effecting certain transpositions, which are in no way obvious.

55 The transpositions to which Professor Côté refers require that jurists be very familiar with the common law rules of extra-contractual liability. On this point, it should be noted that there is no unified body of rules in the common law governing civil liability that is comparable to what exists in the civil law. The law of liability in the common law is composed of a variety of torts, each of which is governed by a specific set of legal rules (R. David, *English Law and French Law: A Comparison in Substance* (1980), at p. 150). Accordingly, before transposing the defence of qualified privilege into the civil law, there must be an examination of the tort with which it is associated: the tort of defamation.

56 The common law rules governing actions in defamation are essentially based on the rules of strict liability. The plaintiff is not required to establish wrongdoing on the part of the defendant. The plaintiff's only burden of proof is to establish that the words spoken by the defendant were of such a nature as to bring the plaintiff's reputation into disregard (Brown, *supra*, at p. 1-26; L. N. Klar, *Tort Law* (2nd ed. 1996), at p. 551; A. M. Linden, *Canadian*

p. 467-469). D'ailleurs, tel que mentionné plus haut, le *Code civil du Québec* établit clairement que les règles régissant la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques québécoises sont celles du droit commun, c'est-à-dire celles du droit civil. Même lorsqu'une règle de common law publique est jugée applicable, le cadre général d'analyse de la responsabilité demeure celui proposé par le droit civil. En conséquence, une règle de common law devra parfois être remodelée pour remédier aux contradictions ou aux difficultés résultant de la superposition de notions issues de systèmes juridiques différents. Comme l'exposait le professeur Côté, *loc. cit.*, p. 398 :

> Ces emprunts d'un système juridique à un autre ne se font jamais sans problèmes. Il ne s'agit pas simplement de prendre une pomme dans un panier pour la déposer dans un autre. Chaque élément d'un système juridique tire sa signification, sa valeur même de son appartenance à ce système. On ne peut donc l'en dissocier pour l'introduire dans un autre système sans certaines opérations de transposition qui n'ont rien d'évident.

Les opérations de transposition dont parle le professeur Côté exigent du juriste une grande familiarité avec le régime de responsabilité extracontractuelle de common law. À cet égard, il convient de souligner qu'il n'existe pas, en common law, un régime unifié de responsabilité civile comparable à celui du droit civil. Le droit de la responsabilité en common law est formé de la juxtaposition de délits civils ou *torts* obéissant chacun à un régime juridique spécifique (R. David, *English Law and French Law : A Comparison in Substance* (1980), p. 150). Aussi, la transposition de la défense d'immunité relative en droit civil doit être précédée de l'étude du délit auquel elle se rattache, c'est-à-dire le *tort of defamation.*

Le régime de common law qui gouverne l'action en diffamation est fondé essentiellement sur des règles de responsabilité stricte. Le demandeur n'est pas tenu de démontrer la faute du défendeur. Son seul fardeau de preuve consiste à démontrer que les paroles prononcées par le défendeur étaient de nature à déconsidérer sa réputation (Brown, *op. cit.*, p. 1-26; L. N. Klar, *Tort Law* (2e éd. 1996), p. 551; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6e éd. 1997),

Tort Law (6th ed. 1997), at p. 695). In comparison, the civil law rules governing defamation actions are based on the concept of fault. To succeed, as we saw earlier, the plaintiff must establish not only that the defendant uttered the offensive words about him or her, but also that the defendant committed a fault in so doing.

As may be seen, an action in defamation in civil law in a way proceeds in the opposite direction from an action for defamation in common law. In the civil law, the defendant's good faith is presumed (art. 2805 *C.C.Q.*) and it is up to the plaintiff to establish that the defendant committed a fault. In the common law, malice is presumed once the plaintiff establishes that the defendant spoke the offensive words about him or her. The defendant may try to rebut that presumption by citing qualified privilege. If the defendant succeeds in establishing that the criteria for that defence have been met, the presumption of malice will fall and give way to a presumption of good faith. The plaintiff must then establish that the defendant acted in bad faith or had malicious intent (É. Colas, "Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire" (1984), 44 *R. du B.* 637, at pp. 652-54; Brown, *supra*, at pp. 13-15 to 13-20; Gaudreault-Desbiens, *supra*, at p. 500).

As a result of the mechanism that it implies and the basic idea that underlies it, that is, the existence of a presumption of malice, the defence of qualified privilege cannot be incorporated in that form into the civil law rules which are based on a presumption of good faith, without disturbing the coherence of its application in the area of public authority liability. Moreover, bad faith or malice need not be established in order for fault to be proved in the civil law: liability may result from an act of negligence, in which case the defamation is a quasi-delict. Accordingly, permitting the defence of qualified privilege to be incorporated into the civil law would amount to reducing defamation, as it is understood in the civil law, to its delictual dimension alone, thereby stripping it of its important quasi-delictual dimension (Gaudreault-Desbiens, *supra*, at p. 500).

p. 695). Par comparaison, le régime de droit civil qui gouverne l'action en diffamation est basé sur la notion de faute. Comme on l'a vu plus haut, pour gagner sa cause, le demandeur doit non seulement démontrer que le défendeur a prononcé des paroles désobligeantes à son endroit, mais qu'il a aussi commis une faute en ce faisant.

57 Ainsi qu'on peut le constater, l'action en diffamation en droit civil procède en quelque sorte à l'inverse du recours en diffamation de common law. En droit civil, la bonne foi du défendeur est présumée (art. 2805 *C.c.Q.*) et il appartient au demandeur de démontrer que celui-ci a commis une faute. En common law, la malveillance est présumée dès que le demandeur réussit à démontrer que le défendeur a prononcé des paroles désobligeantes à son égard. Le défendeur peut tenter de renverser cette présomption en invoquant l'immunité relative. S'il parvient à démontrer que les critères de cette défense sont satisfaits, la présomption de malveillance tombe et fait place à une présomption de bonne foi. Le demandeur doit alors établir la mauvaise foi ou l'intention malveillante du défendeur (É. Colas, « Le droit à la vérité et le libelle diffamatoire » (1984), 44 *R. du B.* 637, p. 652-654; Brown, *op. cit.*, p. 13-15 à 13-20; Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 500).

58 Or, par le mécanisme qu'elle suppose et par l'idée de départ qui la sous-tend, soit l'existence d'une présomption de malveillance, la défense d'immunité relative ne peut s'intégrer telle quelle au régime civiliste qui repose sur une présomption de bonne foi, sans attenter à la cohérence de son application dans le domaine de la responsabilité de l'administration publique. Qui plus est, la mauvaise foi ou la malveillance n'ont pas à être démontrées pour que la faute soit établie en droit civil. La responsabilité peut en effet résulter d'un acte de négligence, auquel cas la diffamation constitue un quasi-délit. Par conséquent, permettre l'intégration de la défense d'immunité relative en droit civil équivaudrait à réduire la diffamation, telle qu'entendue par le droit civil, à sa seule dimension délictuelle, évacuant par là même son importante dimension quasi délictuelle (Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 500).

59 To avoid that result, while still using legal techniques that are consistent with the methods of the civil law, simply importing qualified privilege does not seem to be the desirable or necessary solution. What we must first determine is whether the Quebec law of civil liability includes rules that are capable of providing equivalent protection to an elected municipal official, and of preserving the societal values and interests that the rule of qualified privilege that applies to an elected municipal official in the common law is intended to preserve. This approach to transposition is based, in this case, on the fact that the concept of fault in Quebec civil law is a flexible one. However, the legal characterization of the conduct, which is based on an objective examination of reasonable conduct, is still determined from the context. This makes it possible to take into consideration the situation of the person who committed the impugned act, and incorporate the values and interests that will be used to determine, when the analysis has been completed, whether a civil fault has been committed. It can be concluded, from the facts that fault is determined from the context and that there is a presumption of good faith, that the application of the rules of the law of civil liability will protect the interests and values that the law respecting public authorities seeks to protect when it defines the status of an elected municipal official. In other words, the defence of qualified privilege has an equivalent in the civil law, and, moreover, that defence must be applied in accordance with the legislative intent expressed in art. 1376 *C.C.Q.* As Gaudreault-Desbiens, *supra*, commented, at p. 502:

[TRANSLATION] In Quebec civil law, elected municipal officials may be protected by the application of the ordinary rules of civil liability, without reference to an extrinsic concept. In this sense, the qualified privilege conferred on elected municipal officials by the civil law is not a mere defence of justification which *a priori* relies on the absence of fault on the part of the official, having regard to the nature of the office, the duties that it implies and the specific circumstances of the case. The rules of civil liability mean that the conduct of an elected official will be assessed objectively, referring to the conduct that comparable persons would have adopted in the same circumstances. What is called "qualified privilege" is therefore, in the civil law, simply the defence raised by a person who may have performed an objectively wrongful act, but who has not committed a fault, because the act

Pour éviter pareil résultat, tout en utilisant des techniques juridiques conciliables avec les méthodes du droit civil, la solution de l'importation pure et simple de l'immunité relative ne paraît ni souhaitable ni nécessaire. Il faut en effet d'abord rechercher si le droit de la responsabilité civile québécois comporte des règles capables d'assurer une protection équivalente à l'élu municipal et sauvegarder les valeurs et intérêts sociétaux qu'entend préserver la règle de l'immunité relative applicable à l'élu municipal en common law. Cette méthode de transposition repose ici sur le constat de la flexibilité du concept de faute dans le droit civil québécois. Fondée sur un examen objectif d'un comportement raisonnable, la qualification juridique du comportement conserve toutefois un caractère contextuel. Celui-ci permet de prendre en compte la situation de l'auteur de l'acte en litige pour y intégrer les valeurs et les intérêts qui permettront de déterminer, au terme de l'analyse, si une faute civile a été commise. Ce caractère contextuel de la faute et l'existence d'une présomption de bonne foi permettent de conclure que l'application des règles du droit de la responsabilité civile assureront la protection des intérêts et des valeurs que le droit de l'administration publique veut protéger, en définissant le statut de l'élu municipal. En d'autres termes, la défense d'immunité relative a son équivalent en droit civil et celui-ci doit recevoir son application conformément, d'ailleurs, à la volonté législative qu'exprime l'art. 1376 *C.c.Q.* Comme le faisait remarquer Gaudreault-Desbiens, *loc. cit.*, p. 502 :

En droit civil québécois, l'application des règles ordinaires de la responsabilité civile permet de protéger l'élu municipal sans avoir recours à une notion extrinsèque. En ce sens, l'immunité relative qu'accorde le droit civil à l'élu municipal ne constitue qu'une simple défense de justification qui invoque a priori l'absence de faute de l'élu, compte tenu de ses fonctions, des devoirs qu'elles supposent et des circonstances particulières de l'espèce. En effet, les règles de la responsabilité civile veulent que le comportement de l'élu soit apprécié objectivement, en référant au comportement qu'auraient adopté, dans les mêmes circonstances, des acteurs comparables. Ce que l'on appelle « immunité relative » n'est donc, en droit civil, que la défense de celui qui a pu poser un acte objectivement dommageable mais qui n'est pas pour autant en faute, parce que cet acte a été posé dans l'exercice normal

was performed in the normal performance of the duties of public office, that office imposes a duty on him or her to perform that act (or the act may be connected to a duty inherent in the duties of that office) it was therefore in the public interest to perform it, and in performing it, the person who did so acted with all the care that a comparable person would reasonably have exercised in the same circumstances.

de fonctions publiques, que ces fonctions lui imposaient un devoir de poser cet acte (ou que celui-ci peut être rattaché à un devoir inhérent auxdites fonctions), qu'il était donc dans l'intérêt public de le poser et qu'en le posant, son auteur a agi avec tous les soins qu'un acteur comparable aurait raisonnablement pris dans les mêmes circonstances.

In Quebec civil law, the criteria for the defence of qualified privilege are circumstances that must be considered in assessing fault. Accordingly, the only rules that apply to an action in defamation brought against an elected municipal official in Quebec are still in fact the rules set out in the Civil Code. However, the manner in which those rules are applied must be based on the context, having regard to the requirements associated with the office of an elected municipal official and the specific constraints involved in municipal government. They may also incorporate the substance of the other defence proposed by the respondent, the defence of fair comment, which we shall now examine.

60 En droit civil québécois, les critères de la défense d'immunité relative sont autant de circonstances à considérer dans l'appréciation de la faute. Par conséquent, les seules règles applicables à l'action en diffamation intentée contre un élu municipal québécois demeurent alors les règles prévues au Code civil. Ces règles doivent cependant être appliquées de façon contextuelle en tenant compte des exigences liées à la fonction d'élu municipal et des contraintes spécifiques de l'administration municipale. Elles peuvent aussi intégrer le contenu de l'autre défense proposée par l'intimé, celle de commentaire loyal et honnête, qu'il convient maintenant d'examiner.

(vi) Defence of Fair Comment

(vi) La défense de commentaire loyal et honnête

The Quebec courts have often relied on the defence of fair comment to exonerate an elected official who has, in good faith and in the public interest, made defamatory remarks. The defence takes its source from English law. It appeared in Quebec civil law at a very early juncture, and by 1960 the Superior Court was holding that this defence was available in the civil law, having regard to the convergence between English and French law (*L. v. Éditions de la Cité Inc.*, [1960] C.S. 485). In 1979, this Court delivered a judgment which defined the parameters of that defence in the common law (*Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067). A few years later, apparently feeling that it was bound by that decision, although it had dealt only with actions for defamation in the common law, the Quebec Court of Appeal recognized that the defence was available, in *Steenhaut, supra*, although it did not discuss the compatibility of the defence with the civil law. Since then, that decision has been followed on numerous occasions: *Rouillard, supra*; *Paquet v. Rousseau*, [1996] R.R.A. 1156 (Sup. Ct.); *Hervieux-Payette, supra*; *Conseil*

61 Les tribunaux québécois ont, à maintes reprises, fait appel à la « défense de commentaire loyal et honnête » (*fair comment*) pour exonérer un élu ayant prononcé, de bonne foi et dans l'intérêt public, des propos diffamatoires. Cette défense tire son origine du droit anglais. Elle a fait très tôt son apparition dans le droit civil québécois. Ainsi, dès 1960, la Cour supérieure affirmait que cette défense avait droit de cité en droit civil étant donné la convergence des droits anglais et français (*L. c. Éditions de la Cité Inc.*, [1960] C.S. 485). En 1979, notre Cour rendait un jugement qui définissait les paramètres de cette défense en common law (*Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067). Quelques années plus tard, s'estimant de toute apparence liée par cette décision qui ne traitait par ailleurs que de l'action en diffamation en common law, la Cour d'appel du Québec reconnaissait l'admissibilité de la défense dans l'arrêt *Steenhaut*, précité, sans pour autant discuter de sa compatibilité avec le droit civil. Cette décision a par la suite été suivie à maintes reprises : *Rouillard*, précité; *Paquet c. Rousseau*, [1996] R.R.A. 1156 (C.S.); *Hervieux-Payette*,

de la nation huronne v. Lainé, [1998] R.R.A. 495 (Sup. Ct.); *Drouin v. La Presse Ltée*, [1999] R.R.A. 714 (Sup. Ct.); *Société Radio-Canada v. Guitouni*, [2001] R.R.A. 67 (C.A.); *Picard v. Gros-Louis*, [2000] R.R.A 62 (C.A.); *Dhawan v. Kenniff*, [2001] R.R.A. 53 (C.A.); *Maison du Parc inc. v. Chayer*, [2001] Q.J. No. 2663 (QL) (Sup. Ct.).

62 The problems that often arise when this defence has been asserted in the courts in Quebec were again in evidence in the recent decision of the Quebec Court of Appeal in *Hervieux-Payette*, *supra*. In that case, which involved a defamation suit, the majority of the Court of Appeal placed its analysis in the civil law context at the outset, based on the concept of fault, and also referring, on that point, to the trial judgment (see p. 1673, para. 14). Later, however, the majority reasons examined the defence of fair comment without any apparent connection to the concept of fault, although that concept was the underpinning of its analysis. Terminological uncertainty and ambiguity, if not ambiguity in the legal concepts, could be avoided by focusing the analysis more on the objective, although still context-based, nature of the concept of civil fault. This avoids the risk of forgetting that the reasonableness standard is not parallel to or concurrent with the standard set out in art. 1457 *C.C.Q.* for evaluating conduct. The standard of what is reasonable, rather, is central to art. 1457 *C.C.Q.*, which refers to it for the purpose of determining whether the conduct in issue adheres to the standard of the reasonable person, acting in a particular context. Reasonableness serves as a method for making a legal assessment of the conduct in order to determine whether it must be legally characterized as a fault. As we shall now see, the fact that this is a system of liability based on the establishment of fault means that contextual factors that the defence of "fair comment" attempts to incorporate into the legal rules governing defamation may be taken into consideration.

63 In common law, the defence of fair comment may be raised by anyone against whom an action for defamation is brought. Essentially, it consists of establishing that the remarks in issue were made in good faith and without malice, in the public interest. An

précité; *Conseil de la nation huronne c. Lainé*, [1998] R.R.A. 495 (C.S.); *Drouin c. La Presse Ltée*, [1999] R.R.A. 714 (C.S.); *Société Radio-Canada c. Guitouni*, [2001] R.R.A. 67 (C.A.); *Picard c. Gros-Louis*, [2000] R.R.A 62 (C.A.); *Dhawan c. Kenniff*, [2001] R.R.A. 53 (C.A.); *Maison du Parc inc. c. Chayer*, [2001] J.Q. nº 2663 (QL) (C.S.).

Les problèmes que soulève parfois l'emploi de cette défense dans la jurisprudence québécoise sont apparus à nouveau dans l'arrêt prononcé récemment par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Hervieux-Payette*, précité. Dans cette affaire de diffamation, la majorité de la Cour d'appel avait situé au départ son analyse dans un contexte civiliste, basé sur le concept de faute, en renvoyant d'ailleurs sur ce point au jugement de première instance (voir p. 1673, par. 14). Cependant, plus loin, l'opinion majoritaire a examiné la défense de commentaire loyal sans rapport apparent avec le concept de faute, pourtant sous-jacent à son analyse. On éviterait des incertitudes ou des glissements de vocabulaire, sinon de concepts juridiques, si on centrait davantage l'analyse sur le caractère objectif, mais contextuel du concept de faute civile. On prévient alors le risque d'oublier que la norme du raisonnable ne constitue pas une norme parallèle ou concurrente à celle de l'art. 1457 *C.c.Q.* pour évaluer un comportement. Cette norme du raisonnable se situe plutôt au cœur de l'art. 1457 *C.c.Q.* Celui-ci s'y réfère pour évaluer si le comportement en discussion respecte la norme de la personne raisonnable, agissant dans un contexte déterminé. La rationalité intervient comme méthode d'appréciation juridique de la conduite permettant de déterminer si elle doit recevoir la qualification juridique de faute. Comme on le verra maintenant, la nature d'un système de responsabilité basé sur la démonstration d'une faute permet de prendre en compte des facteurs contextuels que le recours à la défense de « commentaire loyal » tente d'intégrer dans le régime juridique de la diffamation.

On sait qu'en common law, la défense de commentaire loyal et honnête peut être invoquée par toute personne poursuivie pour diffamation. Elle consiste essentiellement à démontrer que les propos en litige ont été prononcés dans l'intérêt public, de

essential element of the defence is that the facts to which the comments or opinions related must have been true (*McLoughlin*, *supra*). By definition, the defence of fair comment is a private common law concept, when analysed using the method applied in *Laurentide Motels*. Any acknowledgement that this unique type of defence has been adopted into a civil liability system that recognizes only one defence, the defence of absence of fault, needs to be qualified, if only out of concern for coherence. For reasons relating to the process followed by an action for defamation in the common law (which were explained in the previous section), the method of legal analysis that must be applied to the defence of fair comment is incompatible with the general scheme of the law of delictual civil liability. It is not only unjustified, but pointless, to import that defence into the civil law. The rules of civil liability already provide that a defendant may rely on all the circumstances that tend to demonstrate the non-existence of fault. Because the criteria for the defence of fair comment are precisely the circumstances to be taken into consideration in determining whether a fault has been committed, those criteria are already an integral part of Quebec civil law. It therefore serves no purpose to mechanically apply the criteria for the defence of fair comment. At the risk of repetition, the rules of civil liability are flexible and require that whether a fault has been committed be determined by examining all of the circumstances.

B. *Application of the Rules to the Facts*

(i) Characterization of the Facts and Assessment of Fault

Having regard to the principles that have been examined, we must now determine whether the respondent committed a fault. On that point, the appellants submitted that the Court of Appeal had completely reassessed the evidence when no serious, patent and determining errors had been made by the trial judge in assessing the facts. The Court of Appeal, they submitted, thus violated the principles governing intervention by appellate courts in respect of questions of fact, which this Court has reiterated

bonne foi et sans malveillance. Un élément essentiel de la défense est que les faits auxquels se rapportent les commentaires ou opinions doivent être véridiques (*McLoughlin*, précité). En raison de la méthode d'analyse de l'arrêt *Laurentide Motels*, la défense de commentaire loyal et honnête doit être qualifiée de notion de common law privée. Or, la recevabilité d'une telle défense particulière dans un régime de responsabilité civile qui n'en admet qu'une seule, soit l'absence de faute, appelle quelques réserves, ne serait-ce que par souci de cohérence. Pour les raisons qui tiennent à la dynamique de l'action en diffamation en common law (exposées dans la section précédente), la méthode d'analyse juridique qu'exige le recours à la défense de commentaire loyal et honnête est incompatible avec l'économie du droit de la responsabilité civile délictuelle. Son importation en droit civil est non seulement injustifiée, mais aussi inutile. Les règles du régime de la responsabilité civile prévoient en effet que le défendeur peut faire valoir toutes les circonstances qui tendent à nier l'existence d'une faute. Dans la mesure où les critères de la défense de commentaire loyal et honnête sont autant de circonstances à prendre en considération dans l'appréciation de l'existence d'une faute, ils font déjà partie intégrante du droit civil québécois. Il est donc inutile d'appliquer de façon mécanique les critères de la défense de commentaire loyal et honnête. Au risque de le répéter, le régime de responsabilité civile est un régime souple qui fait dépendre l'existence d'une faute de l'examen de toutes les circonstances.

B. *Application des règles aux faits*

(i) La qualification des faits et l'appréciation de la faute

64 À la lumière des principes examinés précédemment, il convient maintenant de déterminer si l'intimé a commis une faute. À cet égard, les appelants ont fait grief à la Cour d'appel d'avoir effectué une réévaluation complète de la preuve en l'absence d'erreurs graves, apparentes et déterminantes dans l'appréciation du juge de première instance. La Cour d'appel aurait ainsi violé les principes d'intervention des cours d'appel sur les questions de fait que notre Cour a réitérés à maintes reprises (voir,

on many occasions (see for example *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33).

65 Undeniably, the decision in *Housen* once again stressed, very strongly, the need for great caution and deference on the part of appellate courts when they review the assessment of the facts by a trial court. That rule certainly does not preclude an appellate court from identifying errors in the findings of fact, where those errors are sufficiently palpable and important, and had a sufficiently decisive effect, that they would justify intervention and review on appeal. In any event, in this case, notwithstanding the appellant's arguments, the intervention by the Court of Appeal and its decision to set aside the trial judgment were not based on a general reassessment of the evidence. In this appeal, as in the appeal originally taken to the Quebec Court of Appeal, the facts seemed to be relatively clearly established, overall. Essentially, they consisted of a public statement, which was recorded in its entirety by a community television station, and a set of public documents such as municipal bylaws and resolutions and decisions of administrative tribunals or courts. The issue in this appeal is not so much what happened as the legal characterization and effects of the events. To justify reviewing the trial judge's judgment, it would not have been sufficient to identify errors in the details of the findings of fact made by him if his characterization of the conduct of the respondent Prud'homme had been correct in law. However, a few errors of fact, or omissions in selecting the relevant facts, were made, and it is nonetheless worth pointing them out. Once again, the essential question is whether the respondent's conduct, in the factual context that was presented to the Court and originally analysed by the Superior Court, amounts to a civil fault for which the respondent is civilly liable.

66 The characterization of the respondent's statements for the purpose of determining whether they were wrongful may, depending on the circumstances, be a question of mixed fact and law. If that is the case, the Court of Appeal must accord a degree of deference to the decision of the trial judge, in

par exemple, *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33).

Indéniablement, l'arrêt *Housen* a souligné à nouveau — et fortement — la nécessité d'une grande prudence et réserve de la part des cours d'appel, lors d'un réexamen de l'évaluation des faits qu'a déjà effectuée un tribunal de première instance. Cette règle n'interdit pas pour autant de relever les erreurs relatives à la détermination des faits qui, en raison de leur évidence, de leur importance et de leur caractère décisif, justifieraient une intervention et une réformation en appel. De toute façon, dans la présente cause, malgré les prétentions des appelants, l'intervention de la Cour d'appel et sa décision d'infirmer le jugement de première instance ne reposent pas sur une réévaluation générale de la preuve. Dans ce pourvoi comme dans celui porté à l'origine devant la Cour d'appel du Québec, les faits semblaient dans l'ensemble assez bien établis. Ils consistaient en substance en une déclaration publique, entièrement enregistrée par un poste de télévision communautaire, et en un ensemble de documents publics, tels que des règlements et résolutions municipaux ou des décisions de tribunaux administratifs ou judiciaires. Il ne s'agit pas tant dans cet appel de rechercher ce qui s'est passé que de déterminer la qualification et les effets juridiques des événements. Il n'aurait pas été suffisant de relever des erreurs de détail dans la détermination des faits par le premier juge pour justifier la réformation de son jugement, si sa qualification du comportement de l'intimé Prud'homme avait été juridiquement exacte. Quelques erreurs de faits ou omissions dans la sélection des faits pertinents ont toutefois été commises et il demeure utile de les noter. La question essentielle, encore une fois, consiste toujours à examiner si le comportement de l'intimé, dans le contexte factuel présenté devant la Cour et analysé à l'origine par la Cour supérieure, équivaut à une faute civile et engage sa responsabilité délictuelle.

La qualification des déclarations de l'intimé pour déterminer si elles ont un caractère fautif peut constituer, selon les circonstances, une question mixte de fait et de droit. Dans ces circonstances, la Cour d'appel doit agir avec une certaine retenue envers la décision du juge de première instance selon les

accordance with the principles laid down in *Housen*. It will be recalled that in a case of this nature the Court of Appeal, in order to review the decision of the trial judge on a question of mixed fact and law, must find palpable and overriding error, as defined in *Housen*.

Accordingly, in reviewing the judgment of the Superior Court and the findings of fact in that judgment, the issue before this Court, like the Court of Appeal before it, is whether the respondent's statement, when viewed in its context and in its entirety, was defamatory in nature and constituted a fault within the meaning of the law of civil liability. In order to dispose of these questions, we must examine, more precisely, the elements of the respondent's conduct that Tellier J. relied on in concluding that he was civilly liable. For this purpose we shall examine those parts of the statement which the trial judge considered defamatory. This examination will then lead us to the problem of the legal characterization of the facts and to our conclusions on the existence of fault. To assist in understanding the analysis that follows, several passages from the respondent's statement have been reproduced.

(ii) Analysis of the Content of the Statement

First, Tellier J. found that the respondent had improperly insinuated in his comments that the value of the appellants' land had risen substantially, when the Quebec Court of Appeal had established in 1996, in *Repentigny (Ville de) v. Domaine Ti-Bo inc.*, J.E. 96-2062, that the value of farm land in the eastern part of the city was $0.07 per square foot. The judge added that because the City of Repentigny was a party to that case, the respondent could not have been unaware of the judgment and have stated categorically that land in that location was worth $1.48 per square foot. The following is the relevant passage from the respondent's statement:

[TRANSLATION] And so the Commission scolaire passed a resolution in nineteen hundred and ninety (1990) to purchase land to build a school at the price of one dollar forty-eight ($1.48), okay, a dollar forty-eight, while barely two (2) years earlier the municipal assessment was four cents ($0.04) and land had been purchased at three cents ($0.03) per square foot. What this all means is that there are people who are claiming that they did not

principes posés dans l'arrêt *Housen*. On se rappellera qu'en pareil cas, pour réviser la décision du juge de première instance sur une telle question mixte de fait et de droit, la Cour d'appel doit se fonder sur l'existence d'erreurs manifestes et dominantes au sens de l'arrêt *Housen*.

67 Ainsi, au cours de l'examen du jugement de la Cour supérieure et des constatations de fait qu'il contient, il s'agit pour notre Cour, comme pour la Cour d'appel avant elle, de déterminer si la déclaration de l'intimé, prise dans son contexte et dans son ensemble, avait un caractère diffamatoire et constituait une faute au sens du droit de la responsabilité civile. Pour trancher ces questions, il faut se pencher plus précisément sur les éléments de la conduite de l'intimé que le juge Tellier a retenus pour fonder sa conclusion de responsabilité civile. Dans ce but, nous examinerons les parties de la déclaration que le premier juge a estimées diffamatoires. Cet examen nous amènera ensuite au problème de la qualification juridique des faits et à nos conclusions sur l'existence d'une faute. Pour faciliter la compréhension de l'analyse qui suit, quelques passages de la déclaration de l'intimé ont été reproduits.

(ii) L'analyse du contenu de la déclaration

68 Dans un premier temps, le juge Tellier a reproché à l'intimé d'avoir insinué, dans ses commentaires, que la valeur des terres des appelants avait augmenté de façon importante alors même que la Cour d'appel du Québec avait établi en 1996, dans l'affaire *Repentigny (Ville de) c. Domaine Ti-Bo inc.*, J.E. 96-2062, que la valeur d'une terre agricole dans le secteur est était de 0,07 $ le pied carré. Le juge a ajouté que, la ville de Repentigny étant partie à cette cause, l'intimé ne pouvait ignorer ce jugement et affirmer sans nuance que les terrains du secteur valaient 1,48 $ le pied carré. Voici l'extrait pertinent de la déclaration de l'intimé :

Alors la Commission scolaire adopte une résolution en mil neuf cent quatre-vingt-dix (1990) d'acheter un terrain pour la construction d'une école au prix de un dollar et quarante-huit (1,48 $), o.k., un dollar et quarante-huit (1,48) alors qu'à peine deux (2) ans auparavant, l'évaluation municipale était de quatre sous (0,04 $) et qu'une terre avait été achetée à trois sous (0,03 $) le pied carré. Tout ça pour vous dire qu'il y a des gens qui prétendent

profit from this situation, the construction of a regional secondary school and the opening of highway 341 which provides access to an expressway on highway 40. We know that when someone is in "business", market value may vary and that is where the big money is made.

69 With respect for the opinion of Tellier J., the respondent did not say that the appellants' land was worth $1.48 per square foot. At most, he suggested that the value of the appellants' land had risen sharply. There is nothing incorrect or defamatory about that statement. First, the Court of Appeal had never established that the value of land in the eastern part of the city in 1996 was $0.07 per square foot. *Repentigny (Ville de)*, *supra*, was indeed decided in 1996, but it involved the tax assessment of the Domaine Ti-Bo inc. farm land for 1989, before the revision of the agricultural zoning. In fact, one of the issues in that case was whether the BREF made an error when it refused to consider the rumours of an imminent revision of the zoning in the eastern part of the city at the time it assessed the respondent's land. The Court of Appeal held that the BREF was correct to assign no weight to those rumours, and accordingly decided to restore the value of the respondent's land to $0.07 per square foot.

70 As well, the transactions that took place shortly after the revision of the zoning show that the value of the land actually did change. In 1993, Domaine Repentigny purchased part of the land from the Prud'homme brothers, for a price of $1.75 per square foot. In 1998, in *Domaine Repentigny inc. v. Repentigny (Ville de)*, [1998] T.A.Q. 453, the Tribunal administratif du Québec established the value of the appellant's land, on July 1, 1993, at $0.40 per square foot. In the opinion of Tellier J., that decision confirmed that the value of the appellant's land had not risen as substantially as the respondent suggested. Of course, that decision was rendered in 1998, after the respondent's public statement. The respondent can therefore not be faulted for having been unaware of that decision or failing to anticipate that the Tribunal administratif du Québec would reduce the value of the appellants' land back to $0.40 per square foot, having regard to the negative impact of bylaw 1055 on urban

ne pas bénéficier de cette situation-là, soit la construction d'une école secondaire régionale ainsi que l'ouverture de la route 341 qui donne accès à une voie rapide de l'autoroute 40. On sait que quand on est en « business », la valeur marchande peut varier et c'est là qu'on fait des gros sous.

Avec respect pour l'opinion du juge Tellier, l'intimé n'a pas affirmé que les terrains des appelants valaient 1,48 $ le pied carré. Il a tout au plus laissé entendre que la valeur des terrains des appelants avait augmenté de façon considérable. Cette affirmation n'a rien d'inexact ni de diffamatoire. D'une part, la Cour d'appel n'a jamais établi la valeur des terrains du secteur est pour l'année 1996 à 0,07 $ le pied carré. La décision *Repentigny (Ville de)*, précitée, a bel et bien été rendue en 1996, mais elle mettait en cause l'évaluation foncière de la terre agricole du Domaine Ti-Bo inc. pour l'année 1989, soit avant la révision du zonage agricole. D'ailleurs, l'une des questions en litige dans cette affaire était celle de déterminer si le BREF avait commis une erreur en refusant de considérer les rumeurs d'une révision prochaine du zonage du secteur est lors de l'évaluation du terrain de l'intimée. La Cour d'appel a jugé que le BREF avait eu raison de ne point prêter poids à ces rumeurs, d'où sa décision de rétablir la valeur du terrain de l'intimée à 0,07 $ le pied carré.

D'autre part, les transactions survenues peu après la révision du zonage démontrent que les terrains ont effectivement pris de la valeur. Ainsi, en 1993, Domaine Repentigny a acheté une partie du terrain des frères Prud'homme pour un prix de 1,75 $ le pied carré. En 1998, dans l'affaire *Domaine Repentigny inc. c. Repentigny (Ville de)*, [1998] T.A.Q. 453, le Tribunal administratif du Québec a établi la valeur des terres des appelants en date du 1er juillet 1993 à 0,40 $ le pied carré. Cette décision confirme, selon le juge Tellier, que la valeur des terrains des appelants n'a pas connu l'augmentation importante que l'intimé a laissé entendre. Or, cette décision a été rendue en 1998, soit après la déclaration publique de l'intimé. On ne peut donc pas reprocher à l'intimé d'avoir ignoré cette décision ou de ne pas avoir anticipé que le Tribunal administratif du Québec ramènerait la valeur des terrains des appelants à 0,40 $ le pied carré vu l'impact négatif du règlement 1055 sur le développement urbain dans le secteur est.

development in the eastern part of the city. The respondent therefore stated his opinion as to that value based on the known facts.

Second, Tellier J. held that the respondent had stated a number of facts that had nothing to do with any alleged debate as to whether the judgment should have been appealed. More specifically, he faulted the respondent for suggesting, in the following passage from his statement, that all of the appellants had not opposed the revision of the zoning, when he knew that the Prud'homme brothers had objected to it, through the Union des producteurs agricoles:

[TRANSLATION] There are events that led to this price increase. In June of nineteen hundred and ninety (90), the eastern part of the city was dezoned. Dezoned means that before nineteen hundred and ninety (90), it was zoned green, that is, agricultural zoning. In June nineteen hundred and ninety (90), the city passed white zoning, that is, urban development. It was the Commission de protection du territoire agricole that made this decision. The municipalities, the R.C.M.s, applied to be permitted to develop the lands and each of the owners were therefore kept informed about this procedure, because they could have opposed it. If it was agreeable to them, they would not oppose it. One thing is certain, however: there was correspondence entered into with those people, and so they were made aware that there was a zoning change to that effect. So at that time, in June nineteen hundred and ninety (90), the C.P.T.A.Q. acknowledged the importance of urban development in that part of the city, and so it authorized the zoning change.

That omission may appear insidious at first glance. An examination of the context in which the statement was made, however, shows that the respondent had only a few minutes to make his point. In addition, he was urged to hurry by the remarks made by the Mayor, who plainly did not want to hear anything about any of this. It would of course have been wiser to mention the objection of the Prud'homme brothers. However, having regard to the circumstances, that omission did not justify characterizing this part of the statement as defamatory.

The third point on which Tellier J. faulted the respondent was that he had shown a lack of respect for judicial authority by challenging the findings of

L'intimé exprimait alors son opinion sur cette valeur sur la base des faits connus.

71 Dans un second temps, le juge Tellier a statué que l'intimé avait mentionné plusieurs faits qui n'avaient rien à voir avec un prétendu débat sur l'opportunité de porter le jugement en appel. Plus particulièrement, il a reproché à l'intimé d'avoir laissé entendre dans le passage suivant de la déclaration que tous les appelants ne s'étaient pas opposés à la révision du zonage alors qu'il savait que les frères Prud'homme y avaient fait objection par l'intermédiaire de l'Union des producteurs agricoles :

Il y a des événements qui provoquent cette surenchère. Alors en juin quatre-vingt-dix (90), le secteur Est est dézoné. Dézoné, ça veut dire qu'avant quatre-vingt-dix (90), il était zoné vert, c'est-à-dire zonage agricole. Alors en juin quatre-vingt-dix (90), il passe à zonage blanc, c'est-à-dire développement urbain. Ça, c'est la Commission de protection du territoire agricole qui en prend la décision. Les municipalités, les M.R.C. en font la demande pour permettre leur développement et chacun des propriétaires sont donc tenus au courant de cette procédure parce qu'ils peuvent s'y opposer. Si ça leur est agréable, ils ne s'y opposent pas. Mais une chose qui est sûre, c'est qu'il y a une correspondance qui est établie avec ces gens-là et donc ils sont mis au courant qu'il y a un changement de zonage dans cet esprit-là. Alors la C.P.T.A.Q. à l'époque, en juin quatre-vingt-dix (90), reconnaît l'importance du développement urbain dans ce secteur, donc autorise le changement de zonage.

72 Cette omission peut paraître insidieuse à première vue. L'examen du contexte dans lequel la déclaration a été prononcée révèle cependant que l'intimé ne bénéficiait que de quelques minutes pour faire valoir son point. Il était au surplus pressé par les remarques du maire qui, manifestement, ne voulait pas entendre parler de cette histoire. Certes, il aurait été plus prudent de mentionner l'objection des frères Prud'homme. Toutefois, à la lumière des circonstances, cette omission ne justifiait pas de qualifier cette partie de la déclaration de diffamatoire.

73 Le troisième reproche formulé par le juge Tellier se résume à dire que l'intimé aurait manqué de respect envers l'autorité judiciaire en contestant les

fact made by Croteau J. in respect of the appellants' knowledge of the legal notices concerning bylaw 1055. On this point, the respondent stated:

[TRANSLATION] In March nineteen hundred and ninety-one (91), a notice was published in the newspapers informing the public in that area, and the entire population, about bylaw 1055, that is, after the dezoning, okay. The people contended that they had not been kept informed. So after the dezoning, there was a notice in the newspapers talking about a bylaw 1055 and there was a deadline, as there always is these days, by which people could oppose it by entering their names in a registry to say no, I do not agree with these bylaws. It gave the time for obtaining information, etc. So during the period before the deadline, no one came forward to oppose bylaw 1055. I am not making this up, it is in the Judge's document. I am not talking about the other documents that are this thick, the other files. I am just citing the facts set out in it. And all those facts were given to the Judge. So in March nineteen hundred and ninety-one (91), there was a notice in the newspapers.

74 Tellier J. held that the respondent should not have impugned the appellants' sincerity and credibility when the judgment of Croteau J. had, for all practical purposes, become *res judicata*. With respect, the respondent could legitimately have criticized the judgment of Croteau J. and the judge's assessment of the facts. He was entitled to argue that the judgment was wrong and to try to persuade his colleagues to that view. The respect owed to the courts and the obligation to respect *res judicata* and to comply with judicial decisions do not mean that those decisions must be immune to all criticism. Anyone, and *a fortiori* a municipal official, has the right to question the correctness of a judgment. The respondent was entitled to comment on the findings made by Croteau J. if they appeared to him, in good faith, to be wrong. There is no legal principle that would suggest that such comments are defamatory, in the form and the circumstances in which they were made.

75 The fourth point on which Tellier J. faulted the respondent was that in the following passage he failed to mention the special circumstances which justified the appellants' refusal to convey part of their lands for $1:

conclusions de fait du juge Croteau relatives à la connaissance que les appelants avaient des avis légaux concernant le règlement 1055. L'intimé s'est exprimé comme suit sur ce sujet :

En mars quatre-vingt-onze (91), un avis dans les journaux informe les citoyens du secteur et de l'ensemble de la population du projet de règlement 1055, soit après le dézonage, o.k. Les gens prétendaient qu'ils n'étaient pas du tout au courant. Alors après le dézonage, il y a un avis dans les journaux qui parle d'un règlement 1055 et il y a un délai, comme toujours aujourd'hui, où les gens peuvent s'opposer en s'inscrivant à un registre pour dire, non, je ne suis pas d'accord avec de tels règlements. Ça donne le temps de s'informer, et cetera. Alors durant ce délai-là, il n'y a aucune personne qui est venue s'opposer au règlement 1055. Ça, je n'invente rien, c'est dans le document du Juge. Je ne parle pas des autres documents qui sont épais comme ça, les autres dossiers. Je fais juste reprendre les données qui sont là-dedans. Et tous ces faits-là ont été donnés au Juge. Alors en mars quatre-vingt-onze (91), il y a un avis dans les journaux.

Le juge Tellier a jugé que l'intimé n'aurait pas dû remettre ainsi en question la sincérité et la crédibilité des appelants alors même que le jugement du juge Croteau avait acquis, à toutes fins pratiques, le statut de chose jugée. Avec égards, l'intimé pouvait légitimement critiquer le jugement du juge Croteau et son appréciation des faits. Il avait droit de soutenir que ce jugement était mal fondé et tenter d'en convaincre ses collègues. Le respect dû aux tribunaux et l'obligation de respecter l'autorité de la chose jugée et de se conformer aux décisions judiciaires ne signifient pas que celles-ci doivent échapper à toute critique. Le droit de remettre en question le bien-fondé d'un jugement appartient à tout citoyen et, à plus forte raison, à un administrateur municipal. L'intimé avait le droit de commenter les conclusions du juge Croteau si, de bonne foi, elles lui paraissaient mal fondées. Aucun principe juridique ne permet de considérer de tels commentaires comme diffamatoires dans la forme et les circonstances où ils ont été prononcés.

En quatrième lieu, le juge Tellier a reproché à l'intimé de ne pas avoir mentionné, dans l'extrait suivant, les circonstances particulières qui justifiaient le refus des appelants de céder une partie de leurs terrains pour 1 $:

[TRANSLATION] In April nineteen hundred and ninety-one (91), the City asked those owners to convey the land so that Iberville boulevard could be opened all the way to the Repentigny city limits. We know that in the history of Repentigny, roads and parks, roads, I am going to refer only to roads, are conveyed for one dollar ($1). Iberville boulevard, the whole length of it, was conveyed for one dollar ($1), with the exception of Iberville boulevard that covers those lands, okay. So those owners refused to convey it for one dollar ($1), and this meant that the municipality had to expropriate them. So in December nineteen hundred and ninety-one (91) . . . in November nineteen hundred and ninety-one (91), some six (6) months later, construction started on the school. A lot of things happened before that. In December nineteen hundred and ninety-one (91), the City did expropriate the lands. Today, we know that the expropriation established the value of those lands, for running Iberville boulevard, at two dollars sixty ($2.60) a foot. This amounts to eight hundred thousand dollars ($800,000) in bylaw 1055 that you have paid, and that they have collected.

The judge found that the respondent's remarks were true in part, in that owners who wanted to have access to municipal services generally conveyed the roadbed for $1. However, he added that those remarks were false in part, because Iberville boulevard was not extended for the benefit of the appellants, but to provide for access to a school freshly built in the middle of the countryside.

In addition, Tellier J. faulted the respondent for failing to mention that the amount of $800,000 that was said to have been paid to the owners whose land was expropriated was payable over a 20-year period. He characterized that omission as particularly insidious in that it suggested that the appellants had received a huge compensation payment at the expense of their fellow ratepayers.

It is true that the appellants never asked for Iberville boulevard to be extended and the infrastructure work done. It is also correct that the appellants inherited a staggering tax burden after bylaw 1055 was passed. Their refusal to convey the roadbed for the boulevard for $1 seems to have been entirely justifiable. However, the respondent's remarks in that respect are not a fault. Throughout his statement, the respondent sought to show that Croteau J. had not placed sufficient weight on certain facts that

En avril quatre-vingt-onze (91), la Ville demande à ces mêmes propriétaires-là de céder le terrain pour permettre l'ouverture du boulevard Iberville jusqu'aux limites de Repentigny. On sait que dans l'histoire de Repentigny, les routes et les parcs, les routes, je vais parler des routes seulement, sont cédées pour un dollar (1 $). Le boulevard Iberville sur toute sa longueur a été cédé pour un dollar (1 $) à l'exception du boulevard Iberville qui couvre ces terres-là, o.k. Alors ces propriétaires-là refusent de céder pour un dollar (1 $), ce qui oblige la municipalité à procéder à l'expropriation. Alors en décembre quatre-vingt-onze (91) [. . .] en novembre quatre-vingt-onze (91), soit quelque six (6) mois plus tard, il y a le début de la construction de l'école. Il s'est passé beaucoup d'événements avant. En décembre quatre-vingt-onze (91), la Ville procède effectivement à l'expropriation. Aujourd'hui, on sait que l'expropriation a établi la valeur de ces terrains-là pour le passage du boulevard Iberville à deux dollars et soixante (2,60 $) le pied. Ce qui représente huit cent mille dollars (800 000 $) dans le règlement 1055 que vous avez payé et que eux, ont encaissé.

76 Le juge a reconnu que les propos de l'intimé étaient en partie vrais puisque les propriétaires qui désirent être desservis par les services municipaux cèdent généralement l'assiette de la rue pour 1 $. Il a cependant ajouté que ces propos étaient en partie faux, puisque le prolongement du boulevard Iberville n'était pas réalisé pour le bénéfice des appelants, mais pour permettre l'accès à une école nouvellement construite en pleins champs.

77 D'autre part, le juge Tellier a reproché à l'intimé de ne pas avoir mentionné que la somme de 800 000 $ qui aurait été payée aux propriétaires expropriés était remboursable sur une période de 20 ans. Il a qualifié cette omission de particulièrement insidieuse car elle laissait croire que les appelants avaient reçu des indemnités faramineuses aux dépens de leurs concitoyens.

78 Il est vrai que le prolongement du boulevard Iberville et les travaux d'infrastructures n'ont jamais été demandés par les appelants. Il est aussi exact que les appelants héritaient d'un fardeau fiscal accablant après l'adoption du règlement 1055. Leur refus de céder l'assiette du boulevard pour 1 $ semble tout à fait justifiable. Toutefois, les propos de l'intimé à cet égard ne constituent pas une faute. Tout au long de sa déclaration, l'intimé a cherché à démontrer que le juge Croteau n'avait pas accordé suffisamment

were in evidence at the trial, and that his decision to quash bylaw 1055 was wrong. By alluding to the fact that the appellants had not opposed bylaw 1055, and to the application made by some of them for re-inclusion in the agricultural zone after they had received a sizeable payment in compensation for expropriation or sold land to a real estate promoter, the respondent was passing judgment as a public official on the appellants' conduct since the beginning of this matter. He was entitled to try to show that the appellants had played both ends, and that bylaw 1055 was not unjust and discriminatory. Although critical, this comment was not defamatory. We may disagree with the respondent's opinion. However, that is of no consequence, because the respondent was expressing a legitimate opinion about a decision that affected the entire population of Repentigny owing to its fiscal repercussions. As an elected official, he had a duty to express his disagreement with the decision made by his colleagues not to appeal that decision, if that was his opinion after analysing the situation and the issues at stake in the case.

79 It appears that because of the judgment of Croteau J., the appellants no longer have to repay the $800,000. What the judgment did was to quash the provisions of s. 13 of bylaw 1055, which levied special taxes that would have operated to have the appellants repay the compensation for the expropriation.

80 The fifth point on which Tellier J. faulted the respondent was that, in his view, the reference to an offer to purchase that was rejected by the Fortin brothers, in the following passage of the respondent's statement, had nothing to do with a debate about whether the judgment should have been appealed. He further noted that the offer to purchase had been made to the Fortin brothers in 1990, not in 1993, and that the Fortin brothers were justified in refusing it by its unattractive terms:

[TRANSLATION] At the same time, the Fortin brothers rejected one dollar thirty-five ($1.35) per square foot for two point two (2.2) million square feet, which amounted to very nearly three point four (3.4) million. I have no ill will for anyone. I am just mentioning facts, okay.

de poids à certains faits mis en preuve lors du procès et que sa conclusion d'annuler le règlement 1055 n'était pas fondée. En faisant allusion au fait que les appelants ne s'étaient pas opposés au règlement 1055, et à la demande de réinclusion dans la zone agricole présentée par certains d'entre eux, après avoir touché une importante indemnité d'expropriation ou après avoir vendu du terrain à un promoteur immobilier, l'intimé posait un jugement d'administrateur public sur le comportement des appelants depuis le début de cette affaire. Il pouvait tenter de démontrer que les appelants avaient joué sur deux tableaux et que le règlement 1055 n'était pas injuste et discriminatoire. Bien que critique, ce commentaire n'avait pas de caractère diffamatoire. On peut être en désaccord avec l'avis de l'intimé. Toutefois, ceci importe peu, car l'intimé a exprimé alors une opinion légitime sur une décision qui intéressait l'ensemble de la population de Repentigny en raison de ses répercussions fiscales. À titre d'élu, il se devait de manifester son désaccord avec la décision de ses pairs de ne pas porter la décision en appel, si telle était son opinion après une analyse de la situation et des enjeux de l'affaire.

Quant aux 800 000 $, il appert que les appelants n'ont plus à les rembourser depuis le jugement du juge Croteau. Le jugement a en effet annulé les dispositions de l'art. 13 du règlement 1055 qui imposaient les taxes spéciales par le truchement desquelles les appelants remboursaient les indemnités d'expropriation.

Pour cinquième reproche, le juge Tellier a estimé que la référence à une offre d'achat refusée par les frères Fortin dans l'extrait suivant de la déclaration de l'intimé n'avait rien à voir avec un débat portant sur l'opportunité d'interjeter appel du jugement. Il a de plus précisé que cette offre d'achat avait été adressée aux frères Fortin en 1990, et non en 1993, et que ses conditions peu avantageuses justifiaient le refus des frères Fortin :

À cette même époque, les frères Fortin refusaient un dollar et trente-cinq (1,35 $) le pied carré pour deux point deux millions (2.2) de pieds carrés, ce qui représente à peu près trois point quatre millions (3.4). Moi, j'en veux à personne. Je fais juste mentionner des faits,

Since nineteen hundred and ninety-four (94), that is, our Council . . . .

In the time he was allowed, and having regard to the numerous interruptions by the Mayor, it is difficult to see what the relevance of a detailed explanation of the offer to purchase rejected by the Fortin brothers would have been, let alone how such an omission could have been defamatory. In referring to that offer to purchase, the respondent was simply trying to show that speculation prompted by the extension of Iberville boulevard had caused the value of the appellants' land to shoot up, and that it was therefore unfair for the population of Repentigny as a whole to have to bear the costs of the infrastructure work. That position is in fact the same one that the respondent argued throughout the entire epic tale in Repentigny. His remarks remained within the bounds of his right of comment, opinion and expression, as a municipal official, about the affairs of his municipality that were matters of public interest.

The final point on which Tellier J. faulted the respondent was for insinuating that the appellants had refused a reasonable offer from the City in bad faith. After examining the terms of that offer, the judge added that it was anything but generous, and that it was readily understandable why the appellants had preferred to go to the courts. The following comment about management is found in the respondent's statement:

[TRANSLATION] I'm finished . . . the ad hoc committee met, including Mr. Labrecque and Mr. Coutu, myself and Ms. (inaudible) who in fact never sat on the committee, and presented different alternatives to those people to promote development. This was in order to find an out of court settlement to dispose of the matter. Obviously, each time, the response from them was negative, and they preferred to sue in court. They won. In March nineteen hundred and ninety-five (95), the Prud'homme brothers again asked the C.P.T.A.Q., the Commission de protection du territoire agricole, to be re-included in the agricultural zone, okay. Because when you're zoned agricultural, you don't pay the taxes, the ministère de l'Agriculture pays them . . . .

There would be no disagreement that the City's offer was not the "deal of the century". However, that part of the statement does not disclose

o.k. Depuis quatre-vingt quatorze (94), c'est-à-dire notre conseil . . .

81 Dans le temps qui lui était imparti et considérant les nombreuses interventions du maire, on perçoit mal la pertinence d'une explication détaillée de l'offre d'achat reçue par les frères Fortin et encore moins le caractère diffamatoire d'une telle omission. En faisant référence à cette offre d'achat, l'intimé tentait simplement de démontrer que les spéculations alimentées par le prolongement du boulevard Iberville avaient fait grimper en flèche la valeur des terrains des appelants et qu'il était en conséquence injuste que la population de Repentigny, dans son ensemble, doive assumer les coûts des travaux d'infrastructures. Cette position est d'ailleurs celle que l'intimé a défendu tout au long de cette saga repentignoise. Ses propos sont demeurés à l'intérieur du cadre de son droit de commentaire, d'opinion et d'expression, comme administrateur municipal, sur les affaires d'intérêt public de sa municipalité.

82 Enfin, le juge Tellier a reproché à l'intimé d'avoir insinué que les appelants avaient refusé de mauvaise foi une offre raisonnable de la Ville. Après un examen de ses conditions, le juge a ajouté que cette offre était loin d'être généreuse et qu'on pouvait rapidement comprendre pourquoi les appelants avaient préféré s'en remettre aux tribunaux. On trouve ce commentaire sur la gestion dans la déclaration de l'intimé :

J'ai fini [. . .] le comité ad hoc s'assoit, dont monsieur Labrecque et monsieur Coutu, moi-même et madame (inaudible) d'ailleurs qui n'a jamais siégé au comité, présente différentes alternatives à ces personnes-là pour favoriser le développement. Là, c'est de trouver une entente hors Cour pour régler le dossier. Évidemment à chaque fois, la réponse est négative de leur part et ces derniers préfèrent poursuivre la Cour. Ils ont eu gain de cause. En mars quatre-vingt-quinze (95), les frères Prud'Homme demandent de nouveau à la C.P.T.A.Q., c'est-à-dire la Commission de protection du territoire agricole, d'être réinclus dans le zonage agricole, o.k. Parce que quand on est zoné agricole, ce n'est pas nous qui payons les taxes, c'est le ministère de l'Agriculture . . .

83 On concéderait volontiers que l'offre de la Ville n'était pas « l'affaire du siècle ». Cependant, cette partie de la déclaration ne révèle pas l'intention

malicious intent on the part of the respondent. He argued at all times that the appellants had to bear all of the costs associated with the construction of the school on the ground that they were the ones who primarily benefited from it. He was therefore entitled to criticize the appellants' refusal to sign an agreement if he, in good faith, considered the offers reasonable, without it being possible to regard his expression of opinion as defamatory. Once again, it is important to note that the respondent's statement must be considered in context and in its entirety. The general impression that it conveys must govern in determining whether a fault was committed. The fact that the Superior Court focused its analysis on isolated elements of the respondent's speech and failed to examine it as a whole and in context vitiated the assessment of its content and its legal consequences. Even if we assume that this was an error on a question of mixed fact and law, it must be regarded as a palpable and overriding error. The nature and gravity of the error justified the Court of Appeal's intervention with respect to the trial judge's decision.

VI. Conclusion

84 The respondent did not commit a fault. He spoke at the meeting on July 7, 1997, to let the voters of Repentigny know that he opposed the Council's decision not to appeal the judgment quashing bylaw 1055. He remained steadfast in the position he had argued throughout this judicial tale, and argued that it was not the responsibility of the entire population of Repentigny to pay the cost of the infrastructure work to extend Iberville boulevard. The respondent was entitled to question the assessment of the facts done by Croteau J. The C.P.T.A.Q. itself had faulted the appellants for switching hats, portraying themselves as farmers in respect of one part of their property and speculators in respect of the rest. The respondent's statement was of course incomplete. However, he cannot be faulted for failing, in the time that he was allowed and in a speech punctuated by interruptions and calls to order, to present an exhaustive account of all of the facts of the case. In his attempt to persuade the other councillors and his audience, he was entitled to stress the facts that appeared to support an appeal. Overall, the

malveillante de l'intimé. Celui-ci a toujours soutenu que les appelants devaient assumer la totalité des coûts liés à la construction de l'école au motif qu'ils étaient les premiers à en bénéficier. Il avait alors droit de critiquer le refus des appelants de signer une entente s'il jugeait, de bonne foi, les offres raisonnables, sans que l'on puisse considérer son expression d'opinion comme diffamatoire. Encore une fois, il importe de souligner que la déclaration de l'intimé doit être considérée dans son contexte et dans son ensemble. L'impression générale qui s'en dégage doit guider l'appréciation de l'existence d'une faute. La concentration de l'analyse sur des éléments ponctuels de l'intervention de l'intimé et l'absence d'examen global et contextuel ont faussé toute l'appréciation de son contenu et ses conséquences juridiques par la Cour supérieure. En supposant même qu'il se soit agi d'une erreur sur une question mixte de fait et de droit, cette dernière doit être considérée comme une erreur manifeste et dominante. Sa nature et sa gravité justifiaient l'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision du juge de première instance.

VI. Conclusion

L'intimé n'a pas commis de faute. Il a pris la parole lors de la séance du 7 juillet 1997 pour faire savoir aux électeurs de Repentigny qu'il s'opposait à la décision du conseil de ne pas porter en appel le jugement annulant le règlement 1055. Toujours fidèle à la position qu'il avait défendue durant toute cette saga judiciaire, il a soutenu qu'il ne revenait pas à l'ensemble de la population de Repentigny de payer le coût des travaux d'infrastructures pour le prolongement du boulevard Iberville. L'intimé avait le droit de remettre en question l'appréciation des faits du juge Croteau. La C.P.T.A.Q. elle-même a reproché aux appelants de se coiffer du chapeau d'agriculteur pour une partie de leur propriété et de celui de spéculateur pour le reste. Certes, la déclaration de l'intimé est incomplète. Cependant, dans le délai qui lui était imparti, au cours d'une intervention ponctuée par des interruptions et des rappels à l'ordre, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir exposé exhaustivement tous les faits du dossier. Dans sa tentative de convaincre les autres conseillers et ses auditeurs, il pouvait insister davantage sur les

respondent acted in good faith, with the aim of performing his duties as an elected municipal official. While his comments about the appellants were sometimes harsh, they were made in the public interest. The respondent did not abuse his right to comment on and discuss public affairs that affected the municipality. If the respondent were to be found to have committed a fault in these circumstances, the right of free discussion within the municipal political precincts would be dangerously undermined, and the vitality of democracy at the local level would be weakened.

For all these reasons, the appeal must be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Dunton Rainville, Montréal.

Solicitors for the interveners: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

faits qui auraient milité en faveur d'un appel. Dans l'ensemble, l'intimé a agi de bonne foi, dans le but d'accomplir son devoir d'élu municipal. Ses propos, bien que parfois durs à l'endroit des appelants, ont été prononcés dans l'intérêt public. L'intimé n'a pas abusé de son droit de commentaire et de discussion sur les affaires publiques intéressant la municipalité. Retenir la faute de l'intimé dans de telles circonstances minerait dangereusement le droit de libre discussion dans l'enceinte politique municipale et affaiblirait la vitalité de la démocratie locale.

Pour toutes ces raisons, le pourvoi doit être rejeté avec dépens. 85

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Dunton Rainville, Montréal.

Procureurs des intervenantes : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

James Chamberlain, Murray Warren, Diane Willcott, Blaine Cook, by his Guardian *Ad Litem*, Sue Cook, and Rosamund Elwin *Appellants*

v.

The Board of Trustees of School District No. 36 (Surrey) *Respondent*

and

EGALE Canada Inc., the British Columbia Civil Liberties Association, Families in Partnership, the Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford), the Elementary Teachers' Federation of Ontario, the Canadian Civil Liberties Association, the Evangelical Fellowship of Canada, the Archdiocese of Vancouver, the Catholic Civil Rights League and the Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association *Interveners*

INDEXED AS: CHAMBERLAIN *v.* SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36

Neutral citation: 2002 SCC 86.

File No.: 28654.

2002: June 12; 2002: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Standard of review — School boards — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Standard of review applicable to Board's decision — Whether Board's decision reasonable — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76.

James Chamberlain, Murray Warren, Diane Willcott, Blaine Cook, représenté par sa tutrice à l'instance, Sue Cook, et Rosamund Elwin *Appelants*

c.

Board of Trustees of School District No. 36 (Surrey) *Intimé*

et

EGALE Canada Inc., British Columbia Civil Liberties Association, Families in Partnership, Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford), la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, l'Association canadienne des libertés civiles, l'Alliance évangélique du Canada, l'Archidiocèse de Vancouver, la Ligue catholique des droits de l'homme et Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHAMBERLAIN *c.* SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36

Référence neutre : 2002 CSC 86.

N° du greffe : 28654.

2002 : 12 juin; 2002 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseils scolaires — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Norme de contrôle applicable à la décision du conseil scolaire — La décision du conseil scolaire est-elle raisonnable? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76.

Schools — School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board applied criteria required by School Act, curriculum and its own regulation for approving supplementary learning resources — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

Schools — School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — Meaning of secularism and non-sectarianism in School Act — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board acted in manner that accorded with secular mandate of School Act — Whether requirements of secularism and non-sectarianism preclude Board making decisions based on religious considerations — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

The B.C. *School Act* confers on the Minister of Education the power to approve basic educational resource materials to be used in teaching the curriculum in public schools, and confers on school boards the authority to approve supplementary educational resource material, subject to Ministerial direction. A Kindergarten-Grade One ("K-1") teacher asked the Surrey School Board to approve three books as supplementary learning resources, for use in teaching the family life education curriculum. The books depicted families in which both parents were either women or men — same-sex parented families. The Board passed a resolution declining to approve the books. The Board's overarching concern, as found by the trial judge, was that the books would engender controversy in light of some parents' religious objections to the morality of same-sex relationships. The Board also felt that children at the K-1 level should not be exposed to ideas that might conflict with the beliefs of their parents; that children of this age were too young to learn about same-sex parented families; and that the material was not necessary to achieve the learning outcomes in the curriculum.

Écoles — Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il appliqué les critères qu'exigent la School Act, le programme d'études et son propre règlement pour l'approbation des ressources d'apprentissage complémentaires? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

Écoles — Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Signification de laïcité et de non-confessionnalisme dans la School Act — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il agi d'une manière conforme au mandat de laïcité que lui confère la School Act? — Les exigences de laïcité et de non-confessionnalisme empêchent-elles le conseil scolaire de prendre des décisions d'après des considérations religieuses? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

La *School Act* de la Colombie-Britannique confère au ministre de l'Éducation le pouvoir d'approuver les ressources documentaires éducatives de base qui seront utilisées dans l'enseignement du programme d'études des écoles publiques et elle investit les conseils scolaires du pouvoir d'approuver des ressources documentaires éducatives complémentaires, sous réserve des directives du ministre. Un enseignant de la maternelle et de la première année demande au conseil scolaire de Surrey d'approuver trois manuels comme ressources d'apprentissage complémentaires pour l'enseignement du programme Éducation à la vie familiale. Les livres illustrent des familles dont les deux parents sont de même sexe, c'est-à-dire des familles homoparentales. Le conseil scolaire adopte une résolution par laquelle il refuse d'approuver les manuels. La principale préoccupation du conseil scolaire, comme le juge de première instance l'a constaté, est que les livres provoqueraient une controverse, étant donné que certains parents, pour des considérations religieuses, considèrent comme immorales les unions homosexuelles. Le conseil scolaire estime aussi que les enfants en maternelle et en première année ne devraient pas être exposés à des idées qui peuvent entrer en conflit avec les convictions de leurs parents, que les enfants de cet âge sont trop jeunes pour être exposés à la question des familles homoparentales et que le matériel n'est pas nécessaire à l'atteinte des résultats d'apprentissage prescrits dans le programme d'études.

The British Columbia Supreme Court quashed the Board's resolution, finding the decision offended s. 76 of the *School Act*, because members of the Board who had voted in favour of the resolution were significantly influenced by religious considerations. The Court of Appeal set aside the decision on the basis that the resolution was within the Board's jurisdiction.

Held (Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The School Board's decision was unreasonable in the context of the educational scheme laid down by the legislature. The question of whether the books should be approved as supplementary learning resources is remanded to the Board, to be considered according to the criteria laid out in the curriculum guidelines and the broad principles of tolerance and non-sectarianism underlying the *School Act*.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.: The pragmatic and functional approach points to reasonableness as the appropriate standard of review. The School Board is an elected body and a proxy for parents and local community members, which suggests that some deference is owed. However, the absence of a privative clause, the clear commitment of the *School Act* and the Minister to promoting tolerance and respect for diversity, and the fact that the problem before the Board has a human rights dimension, all militate in favour of a stricter standard of review.

The *School Act*'s insistence on secularism and non-discrimination lies at the heart of this case. The Act's requirement of secularism in s. 76 does not preclude decisions motivated in whole or in part by religious considerations, provided they are otherwise within the Board's powers. But the Board must act in a way that promotes respect and tolerance for all the diverse groups that it represents and serves.

The Board's decision is unreasonable because the process through which it was made took the Board outside its mandate under the *School Act*. First, the Board violated the principles of secularism and tolerance in s. 76 of the Act. Instead of proceeding on the basis of respect for all types of families, the Board proceeded on an exclusionary philosophy, acting on the concern of certain parents about the morality of same-sex relationships, without considering the interest of same-sex parented families and the children who belong to them in receiving equal recognition and respect in the school system. Second, the Board departed from its own regulation with respect to how decisions on supplementary resources

La Cour suprême de la Colombie-Britannique annule la résolution du conseil scolaire, jugeant qu'elle va à l'encontre de l'art. 76 de la *School Act*, parce que les membres du conseil qui ont voté en faveur de la résolution étaient très influencés par des considérations religieuses. La Cour d'appel annule la décision au motif que la résolution relève de la compétence du conseil.

Arrêt (les juges Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La décision du conseil scolaire est déraisonnable dans le contexte du système d'enseignement prescrit par le législateur. La question de savoir si les manuels devraient être approuvés comme ressources d'apprentissage complémentaires est renvoyée au conseil pour qu'il tranche en fonction des critères établis dans les lignes directrices afférentes au programme d'études et des principes généraux de tolérance et de non-confessionnalisme qui sous-tendent la *School Act*.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie et Arbour : L'approche pragmatique et fonctionnelle milite en faveur de l'application de la norme de la décision raisonnable. Le conseil scolaire est un corps élu et le fondé de pouvoir des parents et des membres de la collectivité locale, ce qui indique qu'il faut faire preuve d'une certaine retenue. Toutefois, l'absence de clause privative, l'engagement clair exprimé dans la *School Act* et par le ministre de favoriser la tolérance et le respect à l'égard de la diversité et le fait que le problème dont est saisi le conseil scolaire comporte une dimension touchant les droits de la personne militent tous en faveur d'une norme de contrôle plus stricte.

L'accent que met la *School Act* sur la laïcité et la non-discrimination est au cœur du présent pourvoi. La laïcité exigée à l'art. 76 de la Loi n'empêche pas qu'une décision puisse être fondée, en partie ou en totalité, sur des considérations religieuses, à la condition qu'elle soit prise dans les limites du pouvoir du conseil scolaire. Toutefois, le conseil scolaire doit agir de manière à promouvoir respect et tolérance envers les différents groupes qu'il représente et qu'il sert.

La décision du conseil scolaire est déraisonnable, car son processus décisionnel l'a entraîné à l'extérieur du mandat conféré par la *School Act*. Premièrement, le conseil n'a pas respecté les principes de laïcité et de tolérance énoncés à l'art. 76 de la Loi. Au lieu d'agir dans le respect de tous les types de familles, il a agi suivant un principe d'exclusion, donnant suite aux doutes de certains parents quant à la moralité des unions homosexuelles, sans tenir compte du droit des familles homoparentales et des enfants qui en font partie de bénéficier de la même reconnaissance et du même respect au sein du système scolaire. Deuxièmement, il a dérogé à son propre règlement quant au fondement de la décision d'approuver

should be made, which required it to consider the relevance of the proposed material to curriculum objectives and the needs of children of same-sex parented families. Third, the Board applied the wrong criteria. It failed to consider the curriculum's goal that children at the K-1 level be able to discuss their family models, and that all children be made aware of the diversity of family models in our society. Instead, the Board applied a criterion of necessity, which was inconsistent with the function of supplementary resources in enriching children's experience through the use of extra materials of local relevance. The Board erred in relying on concerns about cognitive dissonance and age-appropriateness which were foreclosed by the curriculum in this case. In the result, the question of whether to approve the books is remanded to the Board.

Per LeBel J.: The pragmatic and functional approach has proven a useful tool in reviewing adjudicative or quasi-judicial decisions made by administrative tribunals. There are, however, limits to the usefulness of applying this framework to its full extent in a different context. When the administrative body whose decision is challenged is not a tribunal, but an elected body with delegated power to make policy decisions, the primary function of judicial review is to determine whether that body acted within the bounds of the authority conferred on it. The preliminary question is whether the Board acted legally; it could not validly exercise a power it did not have. Although the issue is not directly raised by this appeal, as long as the Board's educational policy decisions are made validly pursuant to its powers, they would be entitled to a very high level of deference. In this case, the Board's decision could not be upheld even on the most deferential standard of review, because it was patently unreasonable. It is, therefore, unnecessary to go through the full analysis of the various factors used to determine the appropriate standard of judicial review.

The Board was authorized to approve or not to approve books for classroom use. But its authority is limited by the requirements in s. 76 of the *School Act* to conduct schools on "strictly secular and non-sectarian principles" and to inculcate "the highest morality" while avoiding the teaching of any "religious dogma or creed". The words "secular" and "non-sectarian" in the Act imply that no single conception of morality can be allowed to deny or exclude opposed points of view. Disagreement with the practices and beliefs of others, while certainly permissible and perhaps inevitable in a pluralist society,

ou non des ressources complémentaires, lequel règlement l'oblige à examiner la pertinence du matériel proposé eu égard aux objectifs du programme d'études et aux besoins des enfants des familles homoparentales. Troisièmement, il a appliqué les mauvais critères. Il n'a pas tenu compte de l'objectif du programme d'études qui est de faire en sorte que les enfants de maternelle et de première année soient en mesure de discuter de leurs propres modèles familiaux et que tous les enfants soient sensibilisés à la diversité des modèles familiaux dans notre société. Il a plutôt appliqué à tort le critère de la nécessité, qui est incompatible avec la fonction des ressources complémentaires d'enrichir l'expérience des enfants par l'utilisation d'autres ressources présentant un intérêt pour la collectivité. Il a commis une erreur en se fondant sur des préoccupations de dissonance cognitive et de catégorie d'âge visée, qui ne sont pas justifiées selon le programme d'études en l'espèce. La question de l'approbation des manuels est donc renvoyée au conseil scolaire.

Le juge LeBel : L'approche pragmatique et fonctionnelle s'est révélée utile dans le cas des décisions juridictionnelles ou quasi judiciaires de tribunaux administratifs. Cependant, il existe des limites à l'utilité de l'appliquer intégralement dans un autre contexte. Lorsque l'organisme administratif dont les décisions sont contestées est non pas un tribunal administratif, mais plutôt un corps élu doté du pouvoir délégué de prendre des décisions de politique générale, la fonction première des cours de justice consiste à décider s'il a agi dans les limites du pouvoir dont il est investi. Il faut d'abord se demander si le conseil a agi légalement; il ne pouvait pas exercer validement un pouvoir qu'il ne possédait pas. Bien que la question n'ait pas été directement soulevée dans le présent pourvoi, les décisions du conseil scolaire en matière de politique de l'enseignement ont droit à une très grande retenue judiciaire, pourvu qu'il les ait prises dans les limites de ses pouvoirs. En l'espèce, la décision du conseil scolaire ne peut être confirmée même selon la norme qui commande la plus grande retenue, car elle est manifestement déraisonnable. Il est donc inutile de procéder à l'analyse complète des divers facteurs servant à déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable.

Le conseil scolaire pouvait approuver ou refuser d'approuver l'utilisation en classe de manuels. Cependant, l'exercice de ce pouvoir est limité par l'art. 76 de la *School Act*, qui exige que les écoles fonctionnent selon « des principes strictement laïques et non confessionnels », que « les plus hautes valeurs morales » y soient inculquées et qu'aucun « dogme religieux » ni « aucune croyance religieuse » n'y soient enseignés. Les termes « laïques » et « non confessionnels » dans la Loi signifient qu'aucune conception particulière de la moralité ne doit servir à rejeter ou à écarter des points de vue

does not justify denying others the opportunity for their views to be represented, or refusing to acknowledge their existence. Whatever the personal views of the Board members might have been, their responsibility to carry out their public duties in accordance with strictly secular and non-sectarian principles included an obligation to avoid making policy decisions on the basis of exclusionary beliefs. Section 76 does not prohibit decisions about schools governance that are informed by religious belief. The section is aimed at fostering tolerance and diversity of views, not at shutting religion out of the arena. It does not limit in any way the freedom of parents and Board members to adhere to a religious doctrine that condemns homosexuality but it does prohibit the translation of such doctrine into policy decisions by the Board, to the extent that they reflect a denial of the validity of other points of view.

In this case, the evidence leads to the conclusion that the way the Board dealt with the three books was inconsistent with the *School Act*'s commitment to secularism and non-sectarianism. The overarching concern motivating the Board to decide as it did was accommodation of the moral and religious belief of some parents that homosexuality is wrong, which led them to object to their children being exposed to story books in which same-sex parented families appear. The Board allowed itself to be decisively influenced by certain parents' unwillingness to countenance an opposed point of view and a different way of life. Pedagogical policy shaped by such beliefs cannot be secular or non-sectarian within the meaning of the *School Act*. The Board reached its decision in a way that was so clearly contrary to an obligation set out in its constitutive statute as to be not just unreasonable but illegal. As a result, the decision amounts to a breach of statute, is patently unreasonable, and should be quashed.

Per Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): Based on the nature of the decision being reviewed, the appropriate standard of review for such a decision, and an examination of the totality of the context, the School Board's decision should be affirmed. The decision is consistent with the *Charter*, the *School Act* and the Ministerial directives. It was made within the ambit of the discretion granted by the Act.

The appropriate standard of review in this case is reasonableness. First, the absence of a privative clause

opposés. Dans une société pluraliste, il est sûrement acceptable, voire inévitable, de désapprouver les pratiques et les croyances d'autrui. Cela ne justifie pas pour autant que l'on refuse à d'autres la possibilité de faire valoir leur point de vue ou que l'on refuse de reconnaître leur existence. Quelles que soient les opinions personnelles des membres du conseil scolaire, leur obligation de s'acquitter de leurs tâches publiques selon des principes strictement laïques et non confessionnels comporte celle d'éviter de prendre des décisions de politique générale fondées sur des croyances prônant l'exclusion. L'article 76 n'interdit pas les décisions relatives à l'administration scolaire fondées sur des croyances religieuses. Il vise à promouvoir la tolérance et la diversité d'opinions, et non à faire en sorte que la religion disparaisse de l'échiquier. Il ne limite aucunement la liberté des parents et des membres du conseil scolaire d'adhérer à une doctrine religieuse qui condamne l'homosexualité, mais il interdit au conseil scolaire de prendre des décisions de politique générale reflétant cette doctrine, dans la mesure où elles traduisent le refus de reconnaître la validité d'autres points de vue.

En l'espèce, la preuve appuie la conclusion que le conseil scolaire a traité les trois manuels d'une manière incompatible avec l'engagement de laïcité et de non-confessionnalisme que l'on constate dans la *School Act*. La principale préoccupation qui a motivé la décision du conseil scolaire est de tenir compte des croyances religieuses et morales de certains parents — l'homosexualité est répréhensible — qui les amènent à refuser que leurs enfants soient exposés à des livres d'histoires illustrant des familles homoparentales. Le conseil scolaire s'est laissé décisivement influencer par le refus de certains parents d'approuver un point de vue et un mode de vie différents des leurs. Toute politique pédagogique fondée sur de telles croyances ne saurait être laïque ou non confessionnelle au sens de la *School Act*. Le conseil scolaire a pris sa décision d'une manière si contraire à sa loi constitutive qu'elle est non seulement déraisonnable, mais encore illégale. En conséquence, la décision contrevient à la Loi, est manifestement déraisonnable et doit être annulée.

Les juges Gonthier et Bastarache (dissidents) : Vu la nature de la décision en cause, la norme de contrôle applicable et l'ensemble du contexte, la décision du conseil scolaire devrait être confirmée. Elle ne va pas à l'encontre de la *Charte*, de la *School Act* ou des directives du ministre. Elle a été prise dans les limites du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi.

La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Premièrement, l'absence de

should be considered in light of the corresponding absence of a clause expressly allowing the decisions of the Board to be appealed before the courts and of the non-adjudicative nature of the School Board. Second, the decision to approve the books or not requires the Board to balance the interests of different groups, a function which falls within its core area of expertise as a locally elected representative body. While the decision also has a significant human rights dimension, here the Board made a largely factual determination with a view to balancing local parental concerns against the broad objective of promoting *Charter* values. The decision should thus attract greater deference than when administrative tribunals make general determinations of law concerning basic human rights issues affecting numerous future cases. Third, the purpose for which the legislature granted the Board authority to approve supplementary learning materials was to allow for local input in choosing such materials. Fourth, the nature of the problem does not involve the strict application of legal rules or the interpretation of law, but a highly contextual and polycentric analysis.

Charter values are to be respected in the school context generally. That context, however, involves a need to respect both the right of homosexual persons to be free from discrimination and parental rights to make the decisions they deem necessary to ensure the well-being and moral education of their children. The privileged role of parents to determine what is in their children's well-being, including their moral upbringing, and their right to raise their children in accordance with their conscience, religious or otherwise, is central to analyzing the reasonableness of the School Board's decision. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being providing they act in accordance with the best interests of their children. This Court has reiterated the paramount parental role by construing the nature of the authority schools and teachers have over children as a delegated authority. The notion of a school's authority being delegated, if it allows parents to remove their children from the public school system, must also guarantee to parents the role of having input with regard to the values which their children will receive in school. This is generally brought about by electing representatives to school boards who will develop consensus and govern on matters pertaining to public education. These local school boards are empowered by the *School Act* to approve or not approve complementary educational resource materials. They do not, however, have an unfettered discretion. They must act in a manner

clause privative devrait être prise en compte à la lumière de l'absence correspondante d'une clause autorisant expressément d'interjeter appel des décisions du conseil devant les tribunaux et du caractère non juridictionnel du conseil. Deuxièmement, la décision d'approuver ou non les manuels oblige le conseil à pondérer les intérêts de différents groupes, fonction qui est au cœur même de son expertise en tant qu'organisme représentatif élu localement. Bien que la décision comporte aussi une importante dimension qui touche aux droits de la personne, le conseil s'est largement appuyé sur les faits pour trouver un compromis entre les inquiétudes des parents et l'objectif général de promouvoir les valeurs consacrées par la *Charte*. La décision appelle donc un degré de retenue plus important que lorsque des tribunaux administratifs rendent des décisions générales sur des points de droit concernant des droits fondamentaux de la personne et touchant de nombreuses décisions ultérieures. Troisièmement, c'est pour permettre la participation locale dans le choix des ressources d'apprentissage complémentaires que le législateur a conféré au conseil le pouvoir d'approuver de telles ressources. Quatrièmement, la nature du problème n'exige pas l'application stricte de règles juridiques ni l'interprétation de la loi, mais plutôt une analyse éminemment contextuelle et polycentrique.

Les valeurs de la *Charte* doivent être respectées dans le contexte scolaire en général, lequel exige toutefois le respect à la fois du droit d'une personne homosexuelle d'être protégée contre la discrimination et du droit des parents de prendre les décisions qu'ils jugent nécessaires au bien-être et à l'éducation morale de leurs enfants. Le rôle privilégié qu'ont les parents de décider de ce qui contribue au bien-être de leurs enfants, y compris leur éducation morale, et leur droit d'élever leurs enfants selon leurs croyances personnelles, religieuses ou autres, est au cœur de l'analyse du caractère raisonnable de la décision du conseil scolaire. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être, à condition qu'ils agissent dans l'intérêt de leurs enfants. La Cour a confirmé le rôle prépondérant des parents en assimilant l'autorité de l'école et de l'enseignant sur l'enfant à une autorité déléguée. Le concept que l'autorité de l'école est déléguée fait que, s'il leur est permis de retirer leurs enfants du système d'enseignement public, les parents doivent aussi avoir leur mot à dire en ce qui concerne les valeurs transmises à l'école. Cela se concrétise généralement par l'élection de représentants aux conseils scolaires appelés à établir un consensus et à régler les questions se rapportant à l'instruction publique. Ces conseils scolaires locaux peuvent, en vertu de la *School Act*, approuver ou non des ressources documentaires éducatives complémentaires. Leur pouvoir

consistent with the *School Act* and the evaluation, selection criteria and procedures adopted by the Board. Here, the Board's criteria for approving complementary educational resource materials contained reference to concepts such as "age-appropriateness" and envisaged that the existence of parental concern in the community would be a factor to be considered.

A school board is a branch of government and thus subject to the *Charter* by operation of s. 32. It is not appropriate, however, in this case, to embark upon a complete s. 15 analysis to establish a direct breach of the *Charter* by the School Board. The s. 15 issues and those concerning standing were not addressed by the courts below, and none of the appellants are same-sex parents or children of such parents, who could allege having been exposed to differential treatment based on their personal characteristics by not being represented alongside other family types in Surrey K-1 classrooms. The relevant *Charter* values are nevertheless incorporated in the requirements of the *School Act*. Therefore, approaching this case as one of accommodation or balancing between competing *Charter* rights adequately addresses the impact of the *Charter*. The *Charter* reflects a commitment to equality and protects all persons from discrimination. It also protects freedom of religion and freedom of expression. Where belief claims seem to conflict, s. 15 cannot be used to eliminate beliefs, whether popular or unpopular. An acceptable resolution is accommodating or balancing. The relationship between ss. 2 and 15 of the *Charter*, in a truly free society, must permit persons who respect the fundamental and inherent dignity of others and who do not discriminate, to still disagree with others and even disapprove of the conduct or beliefs of others. Thus, persons who believe, on religious or non-religious grounds, that homosexual behaviour, manifest in the conduct of persons involved in same-sex relationships is immoral, and those who believe that homosexual behaviour is morally equivalent to heterosexual behaviour, are entitled to hold and express their view. Both groups, however, are not entitled to act in a discriminatory manner. The distinction between actions and beliefs is present in Canada's constitutional case law: persons are entitled to hold such beliefs as they choose, but their ability to act on them, whether in the private or public sphere, may be narrower. This approach reflects the fact that ss. 2(*a*) and 2(*b*) of the *Charter* coexist with s. 15, which extends protection against discrimination to both religious persons and homosexual persons. Here, there is no evidence that the parents who felt that the three books were inappropriate for five- and

discrétionnaire n'est toutefois pas absolu. Ils doivent agir d'une manière compatible avec la *School Act* et avec les critères et procédures d'évaluation et de sélection établis par le conseil scolaire. En l'espèce, les critères d'approbation des ressources documentaires éducatives complémentaires du conseil scolaire renvoient à des notions comme la catégorie d'âge visée et indiquent que la manifestation d'inquiétudes de la part des parents est un facteur qu'il faut prendre en considération.

Un conseil scolaire est un organe du gouvernement, donc assujetti à la *Charte* en vertu de l'art. 32. Il n'y a pas lieu, toutefois, d'entreprendre en l'espèce une analyse exhaustive fondée sur l'art. 15 pour établir que le conseil scolaire a porté directement atteinte à la *Charte*. Les questions relatives à l'art. 15 et celles concernant la qualité pour agir n'ont pas été abordées par les tribunaux d'instance inférieure, et les appelants ne comptent ni parents de même sexe ni enfants de tels parents, qui pourraient prétendre avoir été exposés à un traitement différent fondé sur leurs caractéristiques personnelles parce qu'ils n'ont pas été représentés comme d'autres types de familles dans les classes de maternelle et de première année du district de Surrey. Les valeurs constitutionnelles en cause imprègnent toutefois les exigences de la *School Act*. Par conséquent, analyser la présente affaire sous l'angle de l'accommodement ou de la pondération de droits constitutionnels opposés permet de circonscrire convenablement l'incidence de la *Charte*. Celle-ci traduit un engagement envers l'égalité et protège tout citoyen contre la discrimination. Elle protège aussi la liberté de religion et la liberté d'expression. Dans le cas où des revendications fondées sur des croyances paraissent s'opposer, l'art. 15 ne peut pas fonder la suppression de croyances, qu'elles soient répandues ou non. La solution acceptable est celle de l'accommodement ou de la pondération. Dans une société véritablement libre, l'interaction entre l'art. 2 et l'art. 15 de la *Charte* doit permettre aux personnes qui respectent la dignité fondamentale et inhérente d'autrui et qui s'abstiennent de toute discrimination d'être néanmoins en désaccord avec autrui et même de désapprouver le comportement ou les croyances d'autrui. Par conséquent, la personne qui, pour des motifs religieux ou non, croit que le comportement homosexuel, manifeste chez les couples de même sexe, est immoral et celle qui croit que l'homosexualité est moralement équivalente à l'hétérosexualité ont le droit d'avoir ce point de vue et de l'exprimer. Ni l'une ni l'autre ne peuvent cependant agir de manière discriminatoire. La jurisprudence constitutionnelle canadienne atteste cette distinction entre le comportement et la croyance : chacun peut adhérer à la croyance de son choix, mais sa liberté d'agir conformément à sa croyance, que ce soit dans le domaine privé ou public, peut être moins grande. Cette interprétation est compatible avec le fait que les al. 2*a*)

six-year-old children fostered discrimination against persons in any way.

The Board's decision is reasonable. The practice of approving or not approving books was clearly within the purview of the School Board's authority and its decision did not offend the requirement under s. 76 of the *School Act* that the "highest morality must be inculcated". That notion ought to be defined as a principle that maintains the allegiance of the whole of society including the plurality of religious adherents and those who are not religious. The values expressed in the *Charter* derive from a wide social consensus and should be considered as principles of the "highest morality" within the meaning of s. 76 of the *School Act*. The Board's decision is consistent with the *Charter*. It reflects a constitutionally acceptable balance and a position which is respectful of the views of both sides. The three books will not be employed in the two earliest grades, but this subject matter, like the issue of homosexuality as a general topic of human sexuality, is present in later aspects of the curriculum. Further, the failure to approve these books does not necessarily preclude the issue of same-sex parents being discussed in the classroom. While the best interests of children includes education about "tolerance", "tolerance" did not require the mandatory approval of the books. "Tolerance" ought not be employed as a cloak for the means of obliterating disagreement.

The Board's decision is also consistent with a proper understanding of "strictly secular and non-sectarian principles" in s. 76. Section 76 provides general direction as to how all schools are to be conducted. The assumption that "secular" effectively means non-religious is incorrect. The religiously informed conscience should not be placed at a public disadvantage or disqualification. To do so would be to distort liberal principles in an illiberal fashion and would provide only a feeble notion of pluralism. The dual requirements that education be "secular" and "non-sectarian" refer to keeping the schools free from inculcation or indoctrination in the precepts of any religion, and do not prevent persons with religiously based moral positions on matters of public policy from participating in deliberations concerning moral education in public schools. Regardless of the personal convictions of individual members, the reasons invoked by the Board for refusing to approve the books — that parents in the community held certain religious and moral views and the need to respect their constitutional right to freedom of religion and their primary role as educators of their

et *b*) de la *Charte* coexistent avec l'art. 15, lequel protège contre la discrimination tant les personnes qui ont des croyances religieuses que celles qui sont homosexuelles. En l'espèce, rien ne prouve que les parents qui estiment que les trois manuels ne conviennent pas aux enfants de cinq et six ans ont favorisé d'une manière quelconque la discrimination à l'égard des personnes.

La décision du conseil scolaire est raisonnable. L'approbation des manuels ressortit clairement au pouvoir du conseil scolaire et la décision ne va pas à l'encontre de l'exigence de l'art. 76 de la *School Act* que « les plus hautes valeurs morales soient inculquées ». Il faut définir cette notion comme étant un principe auquel adhère l'ensemble de la société, autant les adeptes des diverses religions que les personnes sans religion. Les valeurs exprimées dans la *Charte* découlent d'un large consensus social et devraient être considérées comme des principes des « plus hautes valeurs morales » évoquées à l'art. 76 de la *School Act*. La décision du conseil scolaire est compatible avec la *Charte*. Elle reflète une pondération acceptable sur le plan constitutionnel et les points de vue des uns et des autres. Les trois manuels ne seront pas employés pour les deux premières années d'études, mais ce sujet, tout comme la question de l'homosexualité dans le cadre de la sexualité humaine en général, sera abordé au cours des années suivantes. De plus, le refus d'approuver les trois manuels n'empêche pas nécessairement que la question des parents de même sexe soit abordée en classe. Bien qu'il soit dans l'intérêt des enfants de leur enseigner la tolérance, celle-ci n'exige pas l'approbation obligatoire des manuels. La « tolérance » ne devrait pas servir à effacer tout désaccord.

La décision du conseil scolaire est aussi compatible avec une bonne interprétation des « principes strictement laïques et non confessionnels » mentionnés à l'art. 76. Celui-ci énonce les principes généraux devant régir toutes les écoles. C'est une erreur que de présumer que le terme « laïque » signifie en réalité « non religieux ». Les personnes ayant des convictions religieuses devraient pouvoir s'exprimer sur la place publique et ne devraient pas être pénalisées ou exclues. Sinon, on dénaturerait les principes du libéralisme d'une manière qui fragiliserait la notion de pluralisme. La double exigence que l'éducation soit « laïque » et « non confessionnelle » signifie que les écoles ne doivent pas servir à l'endoctrinement ou à l'inculcation de préceptes de quelque religion, et elle n'empêche pas les personnes qui, sur des questions d'intérêt public, ont des positions morales d'inspiration religieuse de débattre de l'enseignement moral dans les écoles publiques. Par delà les convictions personnelles de ses membres, les motifs invoqués par le conseil pour refuser d'approuver les manuels, notamment les valeurs morales et religieuses de certains parents de la collectivité

children — raise secular concerns that could properly be considered by the Board.

Lastly, the considerations taken into account by the Board were appropriate. The moral status of same-sex relationships is controversial and the School Board was caught between two vocal and passionate sides. While it would not have been unconstitutional to approve the three books for use as educational resources, it is similarly not unconstitutional to not approve the books. The *Charter* does not demand that five- and six-year-olds be exposed to parents in same-sex relationships within a dimension of a school curriculum, especially when there is significant parental concern that these materials may be confusing for these young children. The Board's decision was generally motivated by concerns related to age-appropriateness and parental concern. The parental concern to which the School Board was responding revolves around the nature of the portrayal of same-sex parents in the three books and the capacity of Kindergarten and Grade One age students to interpret this portrayal. It was a difficult choice between permitting the three books to be taught in K-1 against the wishes of some parents and then provide for the exclusion of certain children from the class, or to teach a general lesson about tolerance and respect for people by less controversial means and leave the issue of parents in same-sex relationships and homosexuality for a time when students are better positioned to address the issues involved and better positioned to reconcile the potentially incongruous messages they may be receiving. That choice, however, was specifically intended to be made locally, as the *School Act* envisages. The majority of the trustees were of the view that the three books were not appropriate for K-1 students and were unable to conclude, based on their perception of parental concern and the demands of the curriculum, that such educational materials ought to be approved for K-1. Of particular importance to the Board's decision was that the recommended K-1 learning resources set out by the Ministry of Education did not, at that time, include any other resources expressly dealing with homosexuality or same-sex couples or families. The family life education curriculum suborganizer refers to students being expected to identify a variety of models for family organization but does not indicate that parents in a same-sex relationship are to be addressed in K-1. The prescribed learning outcomes for the K-1 family life curriculum suborganizer include having children draw and write about their own families, and having children talk about each others' families. In a situation where there is a child in the classroom that has same-sex parents, these activities and others would raise the issue of same-sex parented families and teachers may feel it necessary to discuss it. Even in such

et la nécessité de respecter leur droit constitutionnel à la liberté de religion ainsi que leur rôle prépondérant dans l'éducation de leurs enfants, soulèvent des considérations laïques que le conseil pouvait à juste titre examiner.

Enfin, les éléments pris en considération par le conseil scolaire étaient appropriés. La valeur morale de l'union de deux personnes de même sexe est controversée, et le conseil scolaire était clairement pris entre deux groupes passionnés et actifs. Même s'il n'aurait pas été inconstitutionnel d'approuver les trois manuels comme ressources éducatives, il n'est pas non plus inconstitutionnel de ne pas les approuver. La *Charte* n'exige pas que l'on aborde avec les enfants de cinq et six ans, dans le cadre d'un programme scolaire, la question des parents formant un couple de même sexe, surtout lorsque des parents craignent que ces ressources ne soient déroutantes pour ces jeunes enfants. La décision du conseil était de façon générale motivée par des considérations liées à la catégorie d'âge visée et aux préoccupations des parents. L'inquiétude des parents dont le conseil scolaire a tenu compte repose sur la façon dont sont représentés les parents de même sexe dans les trois manuels et la capacité des élèves de maternelle et de première année de comprendre cette représentation. Le choix est difficile : permettre que les trois manuels soient utilisés en maternelle et en première année à l'encontre des désirs de certains parents et ensuite exclure certains enfants de la classe ou enseigner la tolérance et le respect d'autrui par des méthodes moins controversées et n'aborder la question de l'homosexualité et celle des parents formant un couple de même sexe qu'à un moment où les élèves sont plus aptes à les comprendre et plus en mesure de concilier les messages potentiellement contradictoires qu'ils peuvent recevoir sur ces questions. Toutefois, ce choix doit essentiellement être fait au niveau local, comme le prévoit la *School Act*. La plupart des conseillers estimaient que les trois manuels ne convenaient pas pour des élèves de maternelle et de première année et étaient incapables de conclure, en se fondant sur ce qu'ils comprenaient des inquiétudes des parents et des exigences du programme d'études, que de tels documents éducatifs devaient être approuvés pour la maternelle et la première année. Ce qui a beaucoup influé sur la décision du conseil, c'est que les ressources d'apprentissage recommandées par le ministère de l'Éducation ne comprenaient pas à l'époque d'autres ressources traitant expressément de l'homosexualité ou des couples de même sexe ou familles homoparentales. La sous-composante « Éducation à la vie familiale » du programme d'études mentionne qu'on s'attend à ce que l'élève puisse décrire divers types de familles, mais n'indique pas que la question des parents formant un couple de même sexe doit être abordée en maternelle et en première année. Pour atteindre les résultats d'apprentissage prescrits pour cette

a situation it is not necessary that educational resource materials which portray same-sex parents be generally approved for use in all classrooms in a particular school district. Other options exist. Furthermore, the School Board has a stringent anti-discrimination policy, one that is taken seriously. The totality of the context tends, therefore, towards a conclusion that the *Charter* values of equality and non-discrimination are being fostered by the School Board.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

By LeBel J.

Referred to: *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

By Gonthier J. (dissenting)

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315; *Young v. Young*, [1993]

sous-composante, il faut demander aux élèves de dessiner et de décrire par écrit leur famille ainsi que de parler entre eux de leurs familles. Dans le cas où un enfant de la classe a des parents de même sexe, ces activités soulèveraient la question des parents de même sexe et les enseignants peuvent juger nécessaire d'en discuter. Même dans un tel cas, il n'est pas nécessaire que l'utilisation de ressources documentaires éducatives illustrant des parents de même sexe soit approuvée pour toutes les classes dans un district scolaire donné. Il existe d'autres options. De plus, le conseil scolaire a une politique antidiscrimination sévère, une politique qui est prise au sérieux. Le contexte de l'affaire amène donc à conclure que le conseil scolaire favorise de façon générale les valeurs d'égalité et de non-discrimination consacrées par la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315; *Young c. Young*, [1993]

4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *R. v. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL); *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *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; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2(*a*), (*b*), 7, 15, 32.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.

Ministerial Educational Program Guide Order, M165/93 [am. M293/95, M405/95 and M465/95], s. 3.

Ministerial Educational Resource Materials Order, M143/89 [am. M11/91 and M167/93], s. 1.

School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, preamble, ss. 65, 76(1), (2), 85(1), (2)(a), (b), 107, 119 *et seq.*, 168(1)(a), (2)(a), (c) [am. 1997, c. 52, s. 22], (e).

School District No. 36 (Surrey) Policy B 64-95/96.

School District No. 36 (Surrey) Policy 8425.

School District No. 36 (Surrey) Policy 10900.

School District No. 36 (Surrey) Regulation 8800.1.

Authors Cited

Benson, Iain T. "Notes Towards a (Re)Definition of the 'Secular'" (2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 519.

4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *R. c. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL); *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *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; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2*a*), *b*), 7, 15, 32.

Ministerial Educational Program Guide Order, M165/93 [mod. M293/95, M405/95 et M465/95], art. 3.

Ministerial Educational Resource Materials Order, M143/89 [mod. M11/91 et M167/93], art. 1.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171.

School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, préambule, art. 65, 76(1), (2), 85(1), (2)a), b), 107, 119 et suiv., 168(1)a), (2)a), c) [mod. 1997, ch. 52, art. 22], e).

School District No. 36 (Surrey) Policy B64-95/96.

School District No. 36 (Surrey) Policy 8425.

School District No. 36 (Surrey) Policy 10900.

School District No. 36 (Surrey) Regulation 8800.1.

Doctrine citée

Benson, Iain T. « Notes Towards a (Re)Definition of the "Secular" » (2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 519.

British Columbia. Ministry of Education. *Evaluating, Selecting, and Managing Learning Resources: A Guide*. Victoria: Learning Resources Branch, 1996.

British Columbia. Ministry of Education. *Personal Planning K to 7: Integrated Resource Package 1995*. Victoria: Learning Resources Branch, 1995.

Elwin, Rosamund, and Michele Paulse. *Asha's Mums*. Toronto: Women's Press, 1990.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2002, release 1).

Ignatieff, Michael. *The Rights Revolution*. Toronto: Anansi, 2000.

Newman, Lesléa. *Belinda's Bouquet*. Boston: Alyson Wonderland, 1991.

Valentine, Johnny. *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads*. Boston: Alyson Wonderland, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 191 D.L.R. (4th) 128, [2000] 10 W.W.R. 393, 143 B.C.A.C. 162, 235 W.A.C. 162, 80 B.C.L.R. (3d) 181, 26 Admin. L.R. (3d) 297, [2000] B.C.J. No. 1875 (QL), 2000 BCCA 519, reversing a judgment of the British Columbia Supreme Court (1998), 168 D.L.R. (4th) 222, 60 B.C.L.R. (3d) 311, 12 Admin. L.R. (3d) 77, 60 C.R.R. (2d) 311, [1998] B.C.J. No. 2923 (QL). Appeal allowed, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Catherine J. Parker*, for the appellants.

John G. Dives and *Kevin L. Boonstra*, for the respondent.

Cynthia Petersen and *Kenneth W. Smith*, for the intervener EGALE Canada Inc.

Chris W. Sanderson, Q.C., and *Keith B. Bergner*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Susan Ursel and *David A. Wright*, for the intervener Families in Partnership.

Daniel R. Bennett and *Paul A. Craven*, for the intervener the Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford).

Colombie-Britannique. Ministry of Education. *Evaluating, Selecting, and Managing Learning Resources : A Guide*. Victoria : Learning Resources Branch, 1996.

Colombie-Britannique. Ministry of Education. *Personal Planning K to 7 : Integrated Resource Package 1995*. Victoria : Learning Resources Branch, 1995.

Elwin, Rosamund, and Michele Paulse. *Asha's Mums*. Toronto : Women's Press, 1990.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2002, release 1).

Ignatieff, Michael. *La Révolution des droits*. Montréal : Boréal, 2001.

Newman, Lesléa. *Belinda's Bouquet*. Boston : Alyson Wonderland, 1991.

Valentine, Johnny. *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads*. Boston : Alyson Wonderland, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 191 D.L.R. (4th) 128, [2000] 10 W.W.R. 393, 143 B.C.A.C. 162, 235 W.A.C. 162, 80 B.C.L.R. (3d) 181, 26 Admin. L.R. (3d) 297, [2000] B.C.J. No. 1875 (QL), 2000 BCCA 519, infirmant un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1998), 168 D.L.R. (4th) 222, 60 B.C.L.R. (3d) 311, 12 Admin. L.R. (3d) 77, 60 C.R.R. (2d) 311, [1998] B.C.J. No. 2923 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Catherine J. Parker*, pour les appelants.

John G. Dives et *Kevin L. Boonstra*, pour l'intimé.

Cynthia Petersen et *Kenneth W. Smith*, pour l'intervenante EGALE Canada Inc.

Chris W. Sanderson, c.r., et *Keith B. Bergner*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Susan Ursel et *David A. Wright*, pour l'intervenant Families in Partnership.

Daniel R. Bennett et *Paul A. Craven*, pour l'intervenant Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford).

Written submission by *Howard Goldblatt*, for the intervener the Elementary Teachers' Federation of Ontario.

Andrew K. Lokan and *Stephen L. McCammon*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

D. Geoffrey G. Cowper, Q.C., and *Cindy Silver*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Archdiocese of Vancouver, the Catholic Civil Rights League and the Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 The Surrey, British Columbia, School Board passed a resolution refusing to authorize three books for classroom instruction on the ground that they depicted families in which both parents were either women or men — "same-sex parented families". The question on this appeal is whether that resolution was valid. The appellants have challenged the resolution on two grounds: first, that the Board acted outside its mandate under the *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, and second, that the resolution violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2 I conclude that the resolution must be set aside on the first ground. The Board acted outside the mandate of the *School Act* by failing to apply the criteria required by the Act and by the Board's own regulation for approval of supplementary material.

3 My colleague, Gonthier J., and I, while differing in the result, agree on many points in this appeal: that the Board's decision is subject to review by the courts; that the appropriate standard of review is reasonableness; that, as an elected representative body, the Board is accountable to its local community; that

Argumentation écrite par *Howard Goldblatt*, pour l'intervenante la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario.

Andrew K. Lokan et Stephen *L. McCammon*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

D. Geoffrey G. Cowper, c.r., et *Cindy Silver*, pour les intervenants l'Alliance évangélique du Canada, l'Archidiocèse de Vancouver, la Ligue catholique des droits de l'homme et Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le conseil scolaire de Surrey (Colombie-Britannique) a adopté une résolution par laquelle il refuse d'autoriser l'utilisation en classe de trois manuels scolaires au motif qu'ils illustrent des familles dont les deux parents sont de même sexe, c'est-à-dire des « familles homoparentales ». La question dans le présent pourvoi est de savoir si cette résolution est valide. Les appelants contestent la résolution pour deux motifs : premièrement, le conseil scolaire a outrepassé le mandat qui lui est conféré par la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, et, deuxièmement, la résolution contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je conclus que la résolution doit être annulée pour le premier motif. Le conseil scolaire a outrepassé le mandat conféré par la *School Act* en n'appliquant pas les critères qui sont établis dans celle-ci et dans son propre règlement concernant l'approbation de ressources complémentaires.

Mon collègue le juge Gonthier et moi-même, malgré notre différence d'opinion quant à l'issue du pourvoi, sommes d'accord sur de nombreux points : la décision du conseil scolaire est sujette au contrôle judiciaire; la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable; en tant qu'organe

its decisions about which books to approve as supplementary learning resources may reflect the concerns of particular parents and the distinct needs of the local community; and finally, that the requirement of secularism laid out in s. 76 does not prevent religious concerns from being among those matters of local and parental concern that influence educational policy. We disagree on whether the Board erred by failing to act in accordance with the requirements of the *School Act*. I conclude that the Board failed to conform to the requirements of the *School Act* and that this rendered its decision unreasonable, requiring that the matter be remitted to the Board for consideration on the proper basis.

II. The Appropriate Standard of Review

In order to assess the Board's decision, we must first determine the appropriate standard of review. My colleague LeBel J. in effect questions whether the pragmatic and functional approach should apply to this case, holding that as an elected body, the Board's decision should be assessed on the basis of whether it is contrary to the statute and hence patently unreasonable. In my view, the usual manner of review under the pragmatic and functional approach is necessary. It is now settled that all judicial review of administrative decisions should be premised on a standard of review arrived at through consideration of the factors stipulated by the functional and pragmatic approach. This is essential to ensure that the reviewing court accords the proper degree of deference to the decision-making body. To apply the analysis that my colleague proposes, is first, to adopt an approach for which no one argued in this case; and second, to return to the rigid and sometimes artificial jurisdictional approach which the more flexible functional and pragmatic approach was designed to remedy.

The pragmatic and functional approach applicable to judicial review allows for three standards of

représentatif élu, le conseil scolaire a des comptes à rendre à la collectivité locale; ses décisions concernant l'approbation de manuels à titre de ressources d'apprentissage complémentaires peuvent refléter les préoccupations de certains parents et les besoins particuliers de la collectivité locale; enfin, l'exigence de laïcité de l'art. 76 n'empêche pas que les préoccupations d'ordre religieux de la collectivité et des parents soient parmi les considérations qui influencent la politique de l'enseignement. Nous ne sommes pas du même avis quant à savoir si le conseil scolaire a commis une erreur en ne respectant pas les exigences de la *School Act*. Je conclus que le conseil n'a pas satisfait à ces exigences et que sa décision est donc déraisonnable, ce qui justifie que l'affaire lui soit renvoyée pour qu'il se prononce à nouveau en appliquant les critères appropriés.

II. La norme de contrôle applicable

4 Pour évaluer la décision du conseil scolaire, nous devons tout d'abord déterminer quelle norme de contrôle doit être appliquée. Mon collègue le juge LeBel s'interroge en fait sur l'opportunité d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle en l'espèce, affirmant que, le conseil scolaire étant un corps élu, il faut évaluer sa décision en se demandant si elle est contraire à la loi et, de ce fait, manifestement déraisonnable. À mon avis, il est nécessaire de procéder de la manière habituelle, conformément à l'approche pragmatique et fonctionnelle. Il est maintenant établi que le contrôle judiciaire des décisions administratives doit s'effectuer selon la norme de contrôle qui s'impose après examen des éléments que comporte la méthode pragmatique et fonctionnelle. Cela est essentiel pour s'assurer que le tribunal qui exerce le contrôle judiciaire fait preuve de la retenue qui convient à l'égard de l'organisme décisionnaire. L'application de la méthode que propose mon collègue revient, premièrement, à adopter une approche que personne n'a invoquée en l'espèce et, deuxièmement, à revenir à une approche juridictionnelle rigide parfois artificielle à laquelle la méthode fonctionnelle et pragmatique, plus souple, visait à remédier.

5 L'analyse pragmatique et fonctionnelle admet trois normes de contrôle: la norme de la décision

review: correctness, patent unreasonableness and an intermediate standard of reasonableness.

6 The standard of "correctness" involves minimal deference: where it applies, there is only one right answer and the administrative body's decision must reflect it. "Patent unreasonableness", the most deferential standard, permits the decision to stand unless it suffers from a defect that is immediately apparent or is so obvious that it "demands intervention by the court upon review": *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237. The intermediate standard of "reasonableness" allows for somewhat more deference: the decision will not be set aside unless it is based on an error or is "not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination" (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 63).

7 Which of the three standards is appropriate in a given case depends on the amount of discretion the legislature conferred on the delegate. The relevant amount of discretion is evidenced by four factors, which often overlap: (1) whether the legislation contains a privative clause; (2) the delegate's relative expertise; (3) the purpose of the particular provision and the legislation as a whole; and (4) the nature of the problem. (See *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Southam*, *supra*; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.)

8 In this case, my colleague and I agree that the four factors point to reasonableness as the appropriate standard of review. First, the *School Act* contains no privative clause or a legislative direction to the courts to defer to the decisions of school boards. This is consistent with a less deferential standard of review. However, this is only one factor, and does not imply a high standard of scrutiny where other

correcte, la norme de la décision manifestement déraisonnable et la norme intermédiaire de la décision raisonnable.

À la norme de la « décision correcte » correspond un degré de retenue minimal. Lorsque cette norme s'applique, une seule décision est possible et l'organisme administratif doit l'avoir prise. La norme du « caractère manifestement déraisonnable », qui commande la plus grande retenue, permet le maintien de la décision à moins qu'elle ne soit entachée d'un vice qui apparaît d'emblée ou qui est manifeste au point « d'exiger une intervention judiciaire » : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 237. À la norme de la « décision raisonnable » correspond un degré intermédiaire de retenue : la décision ne sera annulée que si elle est fondée sur une erreur ou si elle « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 63).

L'application de l'une ou l'autre de ces trois normes dépend de l'importance du pouvoir discrétionnaire que le législateur confère au délégataire. Quatre facteurs permettent d'évaluer l'étendue de ce pouvoir et ils se chevauchent dans bien des cas : (1) le fait que la loi renferme ou non une clause privative, (2) l'expertise relative du délégataire, (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble et (4) la nature du problème. (Voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Southam*, précité; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.)

En l'espèce, mon collègue et moi convenons que les quatre facteurs militent en faveur de l'application de la norme de la décision raisonnable. Premièrement, la *School Act* ne renferme ni clause privative ni directive enjoignant aux tribunaux de faire preuve de retenue à l'endroit des décisions des conseils scolaires. Ces décisions justifieraient donc une moins grande retenue. Ce n'est là

factors point to greater deference: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 30.

The second factor, the Board's relative expertise, raises competing considerations. It requires us to ask: who is better placed to make the decision, the Board or the court? To assess this, this Court must characterize the expertise of the Board and consider its own expertise relative to that of the Board. And since what matters is expertise relative to the specific problem before the Board, we must consider the nature of the problem before the Board: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 33.

The problem before the Board has two aspects. On the one hand, it requires the Board to balance the interests of different groups, such as parents with widely differing moral outlooks, and children from many types of families. On this aspect, the Board has considerable expertise. As elected representatives, it is their job to bring community views into the educational decision-making process. The Board is better placed to understand community concerns than the court: see *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 35.

On the other hand, the decision of whether to approve the three books has a human rights dimension. The Board must decide whether to accommodate certain parents' concerns about the books at the risk of trumping a broader tolerance program and denying certain children the chance to have their families accorded equal recognition and respect in the public school system. Courts are well placed to resolve human rights issues. Hence, where the decision to be made by an administrative body has a human rights dimension, this has generally lessened the amount of deference which the Court is willing to accord the decision: *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 24; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 17; *Pezim*, *supra*, at p. 590; *Canada*

toutefois qu'un seul des facteurs et il n'implique pas une norme élevée de contrôle si d'autres facteurs commandent une plus grande retenue : *Pushpanathan*, précité, par. 30.

9 Le deuxième facteur, l'expertise relative du conseil scolaire, fait intervenir des considérations concurrentes. Nous devons déterminer qui du conseil scolaire ou de la cour est le plus à même de prendre la décision. Pour ce faire, la Cour doit qualifier l'expertise du conseil scolaire et comparer sa propre expertise à celle du conseil scolaire. Étant donné que ce qui importe, c'est l'expertise du conseil par rapport au problème particulier dont il est saisi, la Cour doit examiner la nature de ce problème : *Pushpanathan*, précité, par. 33.

10 Le problème dont est saisi le conseil scolaire revêt un double aspect. D'une part, celui-ci doit pondérer les intérêts de différents groupes, comme les parents qui ont des points de vue moraux fort différents et les enfants issus de différents types de familles. Sur cette question, il possède une expertise considérable. Ses membres, en tant que représentants élus, ont l'obligation d'incorporer les points de vue de la collectivité au processus décisionnel relatif à l'éducation. Le conseil scolaire est mieux placé que la cour pour comprendre les préoccupations de la collectivité : voir *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 35.

11 D'autre part, toutefois, la décision d'approuver ou non les trois manuels comporte une dimension touchant les droits de la personne. Le conseil scolaire doit décider s'il doit accueillir les préoccupations de certains parents concernant les manuels au risque d'éclipser un plus vaste programme de tolérance et de priver certains enfants de la possibilité de voir leur famille reconnue et respectée au même titre que les autres familles dans le système d'enseignement public. Les cours de justice sont bien placées pour résoudre les problèmes liés aux droits de la personne. Par conséquent, lorsque la décision que doit rendre un organisme administratif comporte une dimension touchant les droits de la personne, elle bénéficie généralement d'une moins grande retenue de la part de la Cour : *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1

(Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 584-85, *per* La Forest J. Different types of human rights issues do, to be sure, play out differently. So the extent to which deference is lessened by the presence of a human rights issue will vary from case to case. The relevant question should always be whether the courts have an expertise equal to or better than that of the board, relative to the particular human rights issue that is faced.

12 The third factor is the purpose for which the legislature granted the Board authority to approve supplementary learning materials. Here the purpose was to allow for local input on choosing supplementary classroom materials. Different communities — urban, rural, aboriginal, for example — may benefit from different material. The Board is in the best position to know what types of families and children fall within its district and what materials will best serve their diverse needs, suggesting deference. This deference is tempered, however, by the *School Act*'s requirement that the discretion to approve supplementary materials conform to norms of tolerance, respect for diversity, mutual understanding and acceptance of all the family models found in British Columbian society and its schools. Board decisions that undermine these norms are entitled to little deference. If the purpose of the *School Act* is not to be undermined, the courts must exercise a fairly high level of supervision over decisions involving tolerance and diversity.

13 The fourth factor, the nature of the problem, again negates the suggestion that the courts should accord high deference to the Board's decision. It is true that the issue does not involve the strict application of legal rules or the interpretation of the law, and that the legislature intended to let the Board and hence the community have a say in choosing resource material. However, as discussed, this is not simply

R.C.S. 825, par. 24; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 17; *Pezim*, précité, p. 590; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 584-585, le juge La Forest. Certes, des types différents de questions liées aux droits de la personne produisent des effets différents. Donc, la diminution du degré de retenue variera d'une cause à l'autre. La question pertinente devrait toujours être de savoir si les cours de justice possèdent une expertise égale ou supérieure à celle de l'office quant à la question particulière liée aux droits de la personne à laquelle on est confronté.

Le troisième facteur est l'objectif que poursuit le législateur en accordant au conseil scolaire le pouvoir d'approuver des ressources d'apprentissage complémentaires. En l'occurrence, il s'agit de permettre à la collectivité locale de participer au choix des ressources scolaires complémentaires. Des collectivités différentes — urbaines, rurales, autochtones, par exemple — peuvent bénéficier de ressources différentes. Le conseil scolaire est le mieux placé pour déterminer quels types de familles et d'enfants habitent le district et quelles ressources répondront le mieux à leurs différents besoins, ce qui invite à la retenue. Celle-ci est toutefois tempérée par la *School Act*, qui exige que le pouvoir discrétionnaire d'approbation des ressources complémentaires respecte les normes de tolérance, de respect de la diversité, de compréhension mutuelle et d'acceptation de tous les modèles familiaux qui existent dans la société de la Colombie-Britannique et dans ses écoles. Les décisions des conseils scolaires qui font fi de ces normes ont droit à peu de retenue. Si on ne veut pas que l'objet de la *School Act* soit miné, les cours de justice doivent exercer un degré assez élevé de contrôle sur les décisions rendues dans ces domaines.

Le quatrième facteur, la nature du problème, écarte aussi l'idée que les cours de justice devraient faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision du conseil scolaire. Il est vrai que la question n'implique pas l'application stricte de règles de droit ou l'interprétation de la loi, et que le législateur a voulu que le conseil scolaire et par conséquent la société aient leur mot à dire dans le choix des

a case of the Board balancing different interests in the community. This is a case requiring the Board to determine how to accommodate the concerns of some members of the community in the context of a broader program of tolerance and respect for diversity. This question attracts court supervision and militates in favour of a stricter standard.

ressources documentaires. Toutefois, comme je l'ai mentionné, il ne s'agit pas simplement d'un cas où le conseil scolaire doit pondérer des intérêts divergents dans la collectivité. Il s'agit d'un cas où il doit décider comment tenir compte des préoccupations de certains parents de la collectivité dans le contexte d'un plus vaste programme de tolérance et de respect à l'égard de la diversité. Cette question débouche sur le contrôle judiciaire et milite en faveur d'une norme plus stricte.

The four factors, taken together, point to the intermediate standard of reasonableness. The Board is a political body and a proxy for parents and local community members in making decisions and has been granted a degree of choice on which the legislature has conferred a circumscribed role in approving books. However, the deference that might be warranted by these factors, standing alone, is undercut by clear commitment of the legislature and the Minister to promoting tolerance and respect for diversity. These goals, touching on fundamental human rights and constitutional values, suggest the legislature intended a relatively robust level of court supervision.

14 Les quatre facteurs, pris ensemble, pointent vers la norme intermédiaire, soit la décision raisonnable. Le conseil scolaire est une entité politique qui représente les parents et les membres de la collectivité locale lorsqu'il prend des décisions. C'est une entité à qui le législateur a accordé une certaine latitude et a conféré un rôle limité dans l'approbation des manuels. Toutefois, la retenue qui pourrait être justifiée par ces facteurs, considérés isolément, est tempérée par l'engagement clair de la part du législateur et du ministre de favoriser la tolérance et le respect à l'égard de la diversité. Ces objectifs, qui touchent aux droits fondamentaux de la personne et aux valeurs protégées par la Constitution, indiquent que le législateur voulait accorder un degré assez élevé de contrôle aux cours de justice.

A decision will be found to be unreasonable if it is based on an error or is "not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination" (*Southam*, *supra*, at para. 56). The court should not overturn a decision as unreasonable simply because it would have come to a different conclusion. But it can and should examine the process of decision making that led the Board to its conclusion, to ensure that it conformed to the Board's legislative mandate. If the reviewing court determines that the Board's process of decision making took it outside the constraints intended by the legislature, then it must find the resulting decision unreasonable. Where an error of this type occurs, the fact that the effects of a decision are relatively innocuous cannot save it.

15 Une décision sera jugée déraisonnable si elle est fondée sur une erreur ou si elle « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (*Southam*, précité, par. 56). Une cour de justice ne doit pas tenir une décision pour déraisonnable et l'annuler seulement parce qu'elle serait arrivée à une autre conclusion. Mais elle peut et elle doit examiner le processus décisionnel du conseil scolaire qui a débouché sur la décision, afin de s'assurer qu'il est conforme au mandat conféré par la Loi. Si elle juge qu'il l'a entraîné à l'extérieur des limites fixées par le législateur, elle doit conclure que la décision est déraisonnable. Dans le cas d'une erreur de cette nature, le caractère relativement anodin des effets de la décision ne peut empêcher son annulation.

Having determined the standard of review this Court should adopt, I turn to the decision at issue in this case.

16 Ayant décidé quelle norme de contrôle la Cour doit appliquer, j'examine maintenant la décision visée en l'espèce.

III. The Policy of the *School Act* and Curriculum and the Board's Role

17 Before turning to the precise requirements imposed on the Board, it may be useful to discuss more generally three issues which underlie this appeal: (i) the meaning of the Act's insistence on strict secularism; (ii) the role of the Board as representative of the community; and (iii) the role of parents in choosing materials for classroom use.

A. *Secular Decision Making: The Requirement of Tolerance*

18 The *School Act*'s insistence on secularism and non-discrimination lies at the heart of this case. Section 76 of the *School Act* provides that "[a]ll schools and Provincial schools must be conducted on strictly secular and non-sectarian principles". It also emphasizes that "[t]he highest morality must be inculcated, but no religious dogma or creed is to be taught in a school or Provincial school".

19 The Act's insistence on strict secularism does not mean that religious concerns have no place in the deliberations and decisions of the Board. Board members are entitled, and indeed required, to bring the views of the parents and communities they represent to the deliberation process. Because religion plays an important role in the life of many communities, these views will often be motivated by religious concerns. Religion is an integral aspect of people's lives, and cannot be left at the boardroom door. What secularism does rule out, however, is any attempt to use the religious views of one part of the community to exclude from consideration the values of other members of the community. A requirement of secularism implies that, although the Board is indeed free to address the religious concerns of parents, it must be sure to do so in a manner that gives equal recognition and respect to other members of the community. Religious views that deny equal recognition and respect to the members of a minority group cannot be used to exclude the concerns of the minority group. This is fair to both groups, as it

III. La politique de la *School Act* et du programme d'études ainsi que le rôle du conseil scolaire

Avant de passer aux exigences précises auxquelles doit satisfaire le conseil scolaire, il est opportun d'examiner de manière plus générale trois questions qui sous-tendent le présent pourvoi : (i) la portée de l'accent mis, dans la Loi, sur des principes strictement laïques, (ii) le rôle du conseil scolaire en tant que représentant de la collectivité et (iii) le rôle des parents dans le choix du matériel utilisé en classe.

A. *Processus décisionnel laïque : l'exigence de tolérance*

L'accent que met la *School Act* sur la laïcité et la non-discrimination est au cœur du présent pourvoi. L'article 76 dispose que [TRADUCTION] « [t]outes les écoles et toutes les écoles provinciales fonctionnent selon des principes strictement laïques et non confessionnels ». Il ajoute que « [l]es plus hautes valeurs morales y sont inculquées, mais aucun dogme religieux ni aucune croyance religieuse n'y sont enseignés ».

Le fait que la *School Act* insiste sur la stricte laïcité ne signifie pas que les considérations religieuses n'ont aucune place dans les débats et les décisions du conseil scolaire. Les conseillers scolaires ont le droit et, en fait, le devoir, aux réunions du conseil, de faire valoir les points de vue des parents et de la collectivité qu'ils représentent. La religion jouant un rôle important dans de nombreux milieux, ces points de vue seront souvent dictés par des considérations religieuses. La religion est un aspect fondamental de la vie des gens, et le conseil scolaire ne peut en faire abstraction dans ses délibérations. Toutefois, l'exigence de laïcité fait en sorte que nul ne peut invoquer les convictions religieuses des uns pour écarter les valeurs des autres. Bien que le conseil scolaire puisse tenir compte des préoccupations religieuses des parents, l'exigence de laïcité l'oblige à accorder une même reconnaissance et un même respect aux autres membres de la collectivité. Les convictions religieuses qui interdisent la reconnaissance et le respect des membres d'un groupe minoritaire ne peuvent être invoquées

ensures that each group is given as much recognition as it can consistently demand while giving the same recognition to others.

pour exclure le point de vue minoritaire. Ce principe est juste envers les deux groupes, en ce qu'il garantit à chacun autant de reconnaissance qu'il peut logiquement exiger tout en accordant aux autres la même reconnaissance.

The children attending B.C.'s public schools come from many different types of families — "traditional" families parented by both biological parents; "single-parent" families, parented by either a man or a woman; families with step-parents; families with adopted children; foster families; interracial families; families with parents of different religious or cultural heritages; families in which siblings or members of the extended family live together; and same-sex parented families. Inevitably, some parents will view the cultural and family practices of certain other family types as morally questionable. Yet if the school is to function in an atmosphere of tolerance and respect, in accordance with s. 76, the view that a certain lawful way of living is morally questionable cannot become the basis of school policy. Parents need not abandon their own commitments, or their view that the practices of others are undesirable. But where the school curriculum requires that a broad array of family models be taught in the classroom, a secular school system cannot exclude certain lawful family models simply on the ground that one group of parents finds them morally questionable.

20 Les enfants qui fréquentent les écoles publiques de la Colombie-Britannique sont issus de plusieurs types de familles différents — familles « traditionnelles » dirigées par les deux parents biologiques; familles « monoparentales » sous la responsabilité d'un homme ou d'une femme; familles comprenant un beau-père ou une belle-mère; familles englobant des enfants adoptés; familles d'accueil; familles interraciales; familles où les parents sont de religions ou de cultures différentes; familles réunissant les frères et les sœurs ou les membres de la famille élargie; familles homoparentales. Pour certains parents, les pratiques culturelles et familiales d'autres types de familles seront forcément discutables sur le plan moral. Cependant, si l'école doit fonctionner dans un climat de tolérance et de respect, en conformité avec l'art. 76, l'opinion selon laquelle un mode de vie licite en particulier est moralement discutable ne saurait fonder la politique de l'école. Les parents n'ont à renoncer ni à leurs convictions personnelles ni à leur opinion concernant le caractère indésirable du comportement d'autrui. Mais lorsque le programme scolaire exige qu'une grande variété de modèles familiaux soient abordés en classe, un système d'enseignement laïque ne peut exclure certains modèles familiaux licites pour le seul motif qu'un groupe de parents les juge discutables sur le plan moral.

The *School Act*'s emphasis on secularism reflects the fact that Canada is a diverse and multicultural society, bound together by the values of accommodation, tolerance and respect for diversity. These values are reflected in our Constitution's commitment to equality and minority rights, and are explicitly incorporated into the British Columbia public school system by the preamble to the *School Act* and by the curriculum established by regulation under the Act.

21 L'accent que met la *School Act* sur la laïcité reflète la diversité de la société canadienne et son caractère multiculturel, ainsi que l'attachement des Canadiens aux valeurs d'accommodement, de tolérance et de respect de la diversité. Ces valeurs se traduisent par la protection constitutionnelle du droit à l'égalité et des droits des minorités, et elles sont expressément intégrées au système d'enseignement public de la Colombie-Britannique par le biais du préambule de la *School Act* et du programme scolaire établi par règlement en application de la Loi.

22 The preamble of the *School Act* states:

> WHEREAS it is the goal of a democratic society to ensure that all its members receive an education that enables them to become personally fulfilled and publicly useful, thereby increasing the strength and contributions to the health and stability of that society;
>
> AND WHEREAS the purpose of the British Columbia school system is to enable all learners to develop their individual potential and to acquire the knowledge, skills and attitudes needed to contribute to a healthy, democratic and pluralistic society and a prosperous and sustainable economy; [Emphasis added.]

23 The message of the preamble is clear. The British Columbia public school system is open to all children of all cultures and family backgrounds. All are to be valued and respected. The British Columbia public school system therefore reflects the vision of a public school articulated by La Forest J. in *Ross*, *supra*, at para. 42:

> A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. As the Board of Inquiry stated, a school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it. [Emphasis added.]

24 The Cross-Curricular Outlines confirm this conclusion, recognizing that:

> . . . British Columbia's schools include young people of varied backgrounds, interests, abilities, and needs. In order to meet these needs and ensure equity and access for all learners, the development of each component of this document has also been guided by a series of cross-curricular outlines. It is expected that these principles and cross-curricular outlines will guide the users of this document as they engage in school and classroom organization and instructional planning and practice. [Emphasis added.]

(Province of British Columbia, Ministry of Education, *Personal Planning K to 7: Integrated Resource Package 1995* ("PP Curriculum"), at p. 267)

Le préambule de la *School Act* dit:

> [TRADUCTION] ATTENDU QU'une société démocratique vise à garantir que tous ses membres reçoivent un enseignement qui leur permet de s'épanouir personnellement et d'être utiles à la société, et de contribuer ainsi à la vigueur et à la stabilité de cette société;
>
> ATTENDU QUE l'objectif du système scolaire de la Colombie-Britannique est de permettre à tous les élèves d'exploiter leur potentiel individuel et d'acquérir les connaissances, les habiletés et les attitudes qui leur permettront de contribuer au développement d'une société saine, démocratique et pluraliste, ainsi que d'une économie prospère et durable; [Je souligne.]

Le message est clair. Le système d'enseignement public de la Colombie-Britannique est ouvert aux enfants de toutes les cultures et de tous les milieux familiaux. Tous les enfants ont droit à la considération et au respect. Ce système d'enseignement public est donc le reflet de la vision de l'école publique proposée par le juge La Forest dans *Ross*, précité, par. 42 :

> Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert. [Je souligne.]

Les Considérations communes à tous les programmes confirment cette conclusion, reconnaissant que

> [TRADUCTION] . . . les écoles de la Colombie-Britannique accueillent des jeunes gens dont les origines, les intérêts, les habiletés et les besoins sont différents. Pour satisfaire à ces besoins et assurer à tous les apprenants un traitement équitable et l'égalité d'accès aux services, chaque élément de ce document a également intégré des considérations communes à tous les programmes d'études. Les utilisateurs de ce document pourront s'inspirer de ces principes et possibilités d'intégration pour organiser leur classe, préparer leurs cours et dispenser leur enseignement. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, ministère de l'Éducation, *Personal Planning K to 7 : Integrated Resource Package 1995* (« programme FP »), p. 267)

The gender equity outline specifies that: "Gender equitable education involves the inclusion of the experiences, perceptions, and perspectives of girls and women, as well as boys and men, in all aspects of education" (p. 273 (emphasis added)). The principles of gender equity in education are listed as (PP curriculum, at p. 273):

- all students have the right to a learning environment that is gender equitable
- all education programs and career decisions should be based on a student's interest and ability, regardless of gender
- gender equity incorporates a consideration of social class, culture, ethnicity, religion, sexual orientation, and age
- gender equity requires sensitivity, determination, commitment, and vigilance over time
- the foundation of gender equity is co-operation and collaboration among students, educators, education organizations, families, and members of communities [Emphasis added.]

In summary, the Act's requirement of strict secularism means that the Board must conduct its deliberations on all matters, including the approval of supplementary resources, in a manner that respects the views of all members of the school community. It cannot prefer the religious views of some people in its district to the views of other segments of the community. Nor can it appeal to views that deny the equal validity of the lawful lifestyles of some in the school community. The Board must act in a way that promotes respect and tolerance for all the diverse groups that it represents and serves.

B. *The Role of the Board*

Local community input is essential to an effective public education system that serves many diverse communities. Local influence over approval and use of supplementary learning resources is achieved by delegating to boards the power to approve material and encouraging parents to participate in deciding

La ligne directrice sur l'égalité des sexes précise: [TRADUCTION] « Une éducation fondée sur l'égalité des sexes exige l'intégration des expériences, perceptions et points de vue des filles et des femmes aussi bien que ceux des garçons et des hommes à toutes les facettes de l'éducation » (p. 273 (je souligne)). Les principes de l'égalité des sexes en éducation qui y sont énoncés sont les suivants (programme FP, p. 273):

[TRADUCTION]

- Tous les élèves ont droit à un environnement d'apprentissage sans distinction de sexe.
- Tous les programmes scolaires et décisions ayant trait aux carrières doivent être retenus en vertu de l'intérêt et de l'aptitude de l'élève, sans distinction de sexe.
- L'égalité des sexes touche également la classe sociale, la culture, l'origine ethnique, la religion, l'orientation sexuelle et l'âge.
- L'égalité des sexes exige sensibilité, détermination, engagement et vigilance à long terme.
- Le fondement de l'égalité des sexes est la coopération et la collaboration entre les élèves, les éducateurs, les organismes éducatifs, les familles et les membres des différentes communautés. [Je souligne.]

25 En résumé, l'exigence d'une stricte laïcité prévue dans la Loi oblige le conseil scolaire à débattre de toute question, y compris l'approbation de ressources complémentaires, d'une manière qui respecte les points de vue de tous les membres de la collectivité scolaire. Il ne peut privilégier les opinions religieuses de certains au détriment des points de vue d'autres. Il ne peut non plus souscrire à l'opinion de ceux qui n'accordent pas la même valeur au mode de vie licite de certains membres de la collectivité scolaire. Il doit agir de manière à promouvoir respect et tolérance envers les différents groupes qu'il représente et qu'il sert.

B. *Le rôle du conseil scolaire*

26 La participation de la collectivité locale est essentielle à l'efficacité d'un système d'enseignement public qui dessert bon nombre de milieux différents. La collectivité locale peut influer sur l'approbation et l'utilisation de ressources d'apprentissage complémentaires en déléguant aux conseils scolaires le

which of the approved materials are used in their child's particular classroom.

27 The school board is the elected proxy of the collective local community, made up as it typically is of diverse subcommunities. The requirement of secularism means that the school board must consider the interests of all its constituents and not permit itself to act as the proxy of a particular religious view held by some members of the community, even if that group holds the majority of seats on the board.

28 Here I differ from my colleague, Gonthier J., who maintains that the Board can function in a manner akin to a municipal council or a legislature. It is true that, like legislatures and municipal councils, school boards are elected bodies, endowed with rule-making and decision-making powers through which they are intended to further the interests of their constituents. However, school boards possess only those powers their statute confers on them. Here the Act makes it clear that the Board does not possess the same degree of autonomy as a legislature or a municipal council. It must act in a strictly secular manner. It must foster an atmosphere of tolerance and respect. It must not allow itself to be dominated by one religious or moral point of view, but must respect a diversity of views. It must adhere to the processes set out by the Act, which for approval of supplementary materials include acting according to a general regulation and considering the learning objectives of the provincial curriculum. Finally, to ensure that it has acted within its allotted powers, the Board is subject to judicial review in the courts.

C. *The Role of Parents*

29 The *School Act* assigns parents an important role in directing their children's education. This includes a role in choosing what materials are used in their children's classrooms, in consultation with other parents and the teacher.

pouvoir d'approuver des ressources et en encourageant les parents à participer à la sélection des ressources, parmi celles approuvées, qui seront utilisées dans la classe de leurs enfants.

Le conseil scolaire est le fondé de pouvoir élu de la collectivité locale, laquelle se compose habituellement de différentes sous-collectivités. Pour respecter l'exigence de laïcité, le conseil scolaire doit tenir compte des intérêts de tous ses commettants et s'abstenir de défendre le point de vue religieux de certains membres de la collectivité, même s'il s'agit du point de vue majoritaire en son sein.

Je me dissocie de mon collègue le juge Gonthier, qui estime que le fonctionnement du conseil scolaire peut s'apparenter à celui d'un conseil municipal ou d'une législature. Il est vrai que, à l'instar des législatures et des conseils municipaux, les conseils scolaires sont des organismes élus, investis d'un pouvoir de réglementation et d'un pouvoir de décision qu'ils sont censés exercer dans l'intérêt de leurs commettants. Toutefois, un conseil scolaire ne peut exercer que les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante. En l'occurrence, il ressort de la *School Act* que le conseil scolaire n'a pas le même degré d'autonomie qu'une législature ou un conseil municipal. Il doit agir selon des principes strictement laïques et favoriser un climat de tolérance et de respect. Il ne peut laisser aucun point de vue religieux ou moral prédominant lui dicter sa conduite et doit respecter une variété de points de vue. Il doit suivre la procédure établie par la Loi; ainsi, pour l'approbation de ressources complémentaires, il doit agir conformément à un règlement général et tenir compte des objectifs d'apprentissage du programme d'études provincial. Enfin, il est soumis au contrôle des tribunaux, qui peuvent s'assurer qu'il a agi conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés.

C. *Le rôle des parents*

La *School Act* réserve aux parents un rôle important dans l'orientation de l'enseignement donné à leurs enfants. Ils ont notamment un rôle à jouer dans le choix des ressources utilisées dans la classe de leurs enfants, avec le concours des autres parents et de l'enseignant.

The Act recognizes that parents are entitled to play a central role in their children's education. Indeed, the province encourages parents to operate in partnership with public schools and, where they find this difficult, permits them to homeschool their children or send them to private or religious schools where their own values and beliefs may be taught. Moreover, the curriculum at issue in this case emphasizes, through the advice it gives to teachers in the section on "Planning Your Program", that "[t]he family is the primary educator in the development of children's attitudes and values" (PP curriculum, at p. 6).

La Loi reconnaît que les parents jouent un rôle central dans l'éducation de leurs enfants. Le gouvernement provincial les encourage en fait à travailler en partenariat avec les écoles publiques. En cas de difficultés, il les autorise à instruire leurs enfants à la maison ou à les envoyer dans une école privée ou religieuse enseignant leurs propres valeurs et croyances. De plus, le programme d'études en cause en l'espèce, par la mise en garde qu'il fait à l'intention des enseignants à la rubrique [TRADUCTION] « Planification du programme », insiste sur le fait que « [l]a famille exerce une influence prépondérante sur le développement des attitudes et des valeurs chez l'enfant » (programme FP, p. 6). 30

The curriculum guidelines also point out the need for partnership between home and school. In particular, they urge that "teachers recognize the role of parents", and that teachers involve parents through regular exchanges of information, meetings, and participation in lesson activities (PP curriculum, at p. 6). The guidelines lay out a variety of situations in which teachers should solicit the help of parents in selecting appropriate material for their classes from among the materials which the board has approved. They suggest, for instance, that where "sensitive issues" is concerned, alternatives may be explored to allow parents to share responsibility for student outcomes (PP curriculum, at p. 6). And they advise that, before using materials on the Ministry's recommended list, teachers should "consider the appropriateness of any resource from the perspective of the local community" (PP curriculum, at p. 188).

Les lignes directrices pour la mise en œuvre du programme d'études signalent également la nécessité d'un partenariat entre les parents et l'école. Plus particulièrement, elles exhortent les enseignants à [TRADUCTION] « reconnaître le rôle des parents » et à inviter régulièrement à des échanges d'information, à des rencontres et à des activités offertes dans le cadre des leçons (programme FP, p. 6). Elles font état de diverses situations où l'enseignant demande l'aide des parents pour le choix des ressources, parmi celles approuvées par le conseil scolaire, qui conviennent pour sa classe. Elles indiquent, par exemple, que dans le cas des « questions délicates », d'autres avenues peuvent être explorées pour permettre aux parents de partager la responsabilité quant aux résultats de l'élève (programme FP, p. 6). Et elles précisent qu'avant d'utiliser des ressources sur la liste du ministère, les enseignants doivent [TRADUCTION] « prendre en considération le point de vue de la collectivité locale pour juger de la valeur d'une ressource » (programme FP, p. 188). 31

This emphasis on parental involvement comes at the stage of selecting materials to be used in particular classes, after they have been approved for general use by the board. The curriculum guidelines contemplate extensive parental involvement at the stage of selecting books for use in a particular classroom. And indeed, this seems to be the appropriate stage at which to tailor the materials chosen for use in a particular classroom to the unique needs that particular parents perceive their

La participation des parents est jugée importante à l'étape de la sélection des ressources qui seront utilisées dans certaines classes, après leur approbation par le conseil scolaire pour utilisation générale. Les lignes directrices afférentes au programme d'études envisagent la participation soutenue des parents à l'étape de la sélection des manuels destinés à une classe en particulier. Il semble s'agir en effet du moment opportun d'adapter les ressources sélectionnées aux besoins spéciaux qu'auraient 32

children to have. This is much more easily done by parents in consultation with their children's teachers than it is by a school board, which must decide whether a resource can become available to a large number of children in different situations.

33 Moreover, although parental involvement is important, it cannot come at the expense of respect for the values and practices of all members of the school community. The requirement of secularism in s. 76 of the *School Act*, the emphasis on tolerance in the preamble, and the insistence of the curriculum on increasing awareness of a broad array of family types, all show, in my view, that parental concerns must be accommodated in a way that respects diversity. Parental views, however important, cannot override the imperative placed upon the British Columbia public schools to mirror the diversity of the community and teach tolerance and understanding of difference.

IV. The Scheme for Approval of Supplementary Resources

34 The *School Act* confers on the Minister the power to approve basic educational resource materials to be used in teaching the curriculum, and confers on school boards the authority to approve supplementary educational resource material, subject to ministerial direction: *School Act*, s. 85(2)(b). Here, the Minister made an order that the Board may use materials set out in the "Catalogue of Learning Resources, Primary to Graduation" published by the Ministry of Education; and also materials that "the board considers are appropriate for individual students or groups of students" (emphasis added): Ministerial Orders 143/89, s. 1(1)(a) and 165/93, s. 3(1)(e). The resolution at issue was made under the latter power.

35 The purpose of supplementary learning resources is to enrich the educational experience in ways appropriate to the school community. It should be emphasized that approved supplementary materials are not required to be used in every classroom. Rather, the goal is to provide a range of materials

certains enfants selon leurs parents. De concert avec les enseignants, les parents s'acquittent beaucoup plus aisément de cette tâche que le conseil scolaire, lequel doit décider si une ressource peut être mise à la disposition d'un grand nombre d'enfants dans différents contextes.

En outre, bien que la participation des parents soit importante, elle ne doit pas compromettre le respect des valeurs et des pratiques de tous les membres de la collectivité. La laïcité qu'exige l'art. 76 de la *School Act*, l'accent que met le préambule sur la tolérance et l'importance qu'accorde le programme d'études à la sensibilisation à une grande variété de types de familles montrent, selon moi, que les préoccupations parentales doivent faire l'objet de mesures d'accommodement d'une manière qui respecte la diversité. L'opinion des parents, si importante soit-elle, ne peut l'emporter sur l'obligation des écoles publiques de la Colombie-Britannique de refléter la diversité de la collectivité et d'enseigner la tolérance et la compréhension des différences.

IV. Le mécanisme d'approbation des ressources complémentaires

La *School Act* confère au ministre le pouvoir d'approuver les ressources documentaires éducatives de base qui seront utilisées dans l'enseignement du programme d'études et elle investit les conseils scolaires du pouvoir d'approuver des ressources documentaires éducatives complémentaires, sous réserve des directives du ministre : *School Act*, al. 85(2)b). Ici, selon l'arrêté ministériel, le conseil scolaire peut utiliser les ressources énumérées dans le « Catalogue of Learning Resources, Primary to Graduation » du ministère de l'Éducation et, aussi, les ressources qui [TRADUCTION] « selon le conseil, conviennent aux élèves, individuellement ou en groupes » (je souligne) : arrêtés ministériels 143/89, al. 1(1)a), et 165/93 al. 3(1)e). La résolution en cause a été adoptée en vertu du dernier pouvoir.

Les ressources d'apprentissage complémentaires ont pour but d'enrichir l'expérience éducative d'une manière adaptée au milieu scolaire. Il convient de signaler qu'il n'est pas obligatoire d'utiliser dans toutes les classes les ressources complémentaires approuvées. L'objectif est plutôt de fournir aux

from which teachers may choose to enrich the learning experience. The "Integrated Resource Package" for the Personal Planning curriculum states: "It is expected that teachers will select resources . . . that suit their particular pedagogical needs and audiences" (PP curriculum, at p. 9). Approval of the three books at issue in this case would therefore not have meant that all teachers were obliged to use them or even that they were strongly encouraged to use them. Rather, it would have meant that teachers could use them if this were required to meet the needs of the particular children in their classroom. However, without the Board's approval of these or equivalent materials, teachers who have students from same-sex parented families might be left without resources to assist them in having their particular families discussed and understood.

All supplementary materials approved under this power must conform to procedures for evaluation and selection which Ministerial Order requires a board to formulate in advance. This ensures that supplementary materials are approved on a principled basis, not on the basis of *ad hoc* personal views of board members. The Surrey School Board passed such a regulation. Included in the criteria are relevance to prescribed course content and non-discriminatory content, except as required to further critical thinking about social groups that might be the object of discrimination:

1. The recommended learning resource is relevant to the learning outcomes and content of the course or courses.
2. The recommended learning resource is appropriate in terms of the age, maturity, and learning needs of the student for whom it is intended.
3. The recommended learning resource is appropriate for the particular community in which it will be used.

enseignants une gamme de documents pédagogiques dans laquelle ils peuvent faire des choix qui permettront d'enrichir l'expérience d'apprentissage. L'[TRADUCTION] « Ensemble de ressources intégrées » pour le programme de Formation personnelle mentionne : [TRADUCTION] « On s'attend à ce que les enseignants choisissent leurs ressources parmi celles qui [. . .] conviennent à leurs besoins pédagogiques et à leurs élèves » (programme FP, p. 9). Par conséquent, l'approbation des trois manuels dont il est question en l'espèce n'aurait pas signifié que l'on obligeait ou même incitait tous les enseignants à les utiliser. Cela aurait plutôt signifié que les enseignants auraient pu les utiliser si cela avait été nécessaire pour répondre aux besoins de leur classe. Toutefois, sans l'approbation de ces manuels ou de manuels équivalents par le conseil scolaire, les enseignants qui ont des élèves de familles homoparentales pourraient être privés d'outils dont ils auraient besoin pour amener leurs élèves à parler de leur famille et à favoriser ainsi la compréhension à son égard.

36

Les ressources complémentaires approuvées en vertu de ce pouvoir doivent être conformes aux procédures d'évaluation et de sélection que, selon l'arrêté ministériel, les conseils scolaires doivent formuler à l'avance. Cela garantit que les ressources complémentaires sont approuvées en fonction de principes et non en fonction des opinions personnelles des membres du conseil scolaire sur la question. Le conseil scolaire de Surrey a adopté un tel règlement. Les critères établis comprennent notamment la pertinence par rapport au contenu prescrit des cours et l'absence de discrimination, sauf ce qui est nécessaire pour favoriser une réflexion critique sur des groupes sociaux qui peuvent faire l'objet de discrimination :

[TRADUCTION]

1. Les ressources d'apprentissage recommandées correspondent aux résultats d'apprentissage et au contenu des cours.
2. Elles conviennent à la catégorie d'âge visée, à la maturité et aux besoins d'apprentissage de l'élève auquel elles sont destinées.
3. Elles sont appropriées pour la collectivité dans laquelle elles seront utilisées.

4. The recommended learning resource is fair, objective, free from gratuitous violence, propaganda and discrimination, except where a teaching/learning situation requires illustrative material to develop critical thinking about such issues.

5. The recommended learning resource is readable, interesting, and manageable in the teaching/learning situation. [Emphasis added.]

(Regulation 8800.1: *Recommended Learning Resources and Library Resources*, A (III) (A)(1) - (5))

37 The need to consider the relevance of proposed supplementary materials to the curriculum is also reflected in the Ministry's evaluation criteria contained in its publication *Evaluating, Selecting, and Managing Learning Resources: A Guide* (1996), which is meant to assist school districts with approving materials. The guide makes multiple references to the fact that materials should "support the learning outcomes of the curriculum" (p. 4); "be relevant to the goals and prescribed learning outcomes of the curriculum" (p. 22); "assist the student in achieving the prescribed learning outcomes" (p. 25); and so forth.

38 This brings us to what the curriculum prescribed for the K-1 level. The Personal Planning curriculum established by the Minister for K-1, or Kindergarten and Grade One students, includes "Family life education" (p. 22). The aim of this part of the program is "[t]o develop students' understanding of the role of the family and capacity for responsible decision-making in their personal relationships" (p. 22). The curriculum suborganizer suggests that, at the end of the program, teachers "[l]ook for evidence of each student's . . . awareness that there are a variety of family groupings" (p. 23). It further states (at p. 22):

It is expected that students will:

- identify a variety of models for family organization
- identify the roles and responsibilities of different family members

4. Elles sont justes, objectives, exemptes de violence gratuite, de propagande et de discrimination, sauf dans les cas où une situation d'enseignement et d'apprentissage nécessite du matériel explicatif pour développer une pensée critique sur de tels sujets.

5. Elles sont lisibles, intéressantes et faciles à traiter dans la situation d'enseignement et d'apprentissage. [Je souligne.]

(Regulation 8800.1 : *Recommended Learning Resources and Library Resources* (« règlement 8800.1 »), A (III) (A) (1) - (5))

La nécessité de tenir compte de la pertinence des ressources complémentaires proposées, par rapport au programme d'études, fait aussi partie des critères d'évaluation du ministère qui figurent dans son *Evaluating, Selecting, and Managing Learning Resources : A Guide* (1996), destiné à aider les districts scolaires pour l'approbation du matériel scolaire. Le guide mentionne à plusieurs reprises que le matériel devrait [TRADUCTION] « appuyer les résultats d'apprentissage des programmes d'études » (p. 4); « correspondre aux buts et aux résultats d'apprentissage du programme d'études » (p. 22); « permettre aux élèves d'atteindre les résultats d'apprentissage prescrits » (p. 25); et ainsi de suite.

Ce qui nous amène au contenu du programme d'études pour la maternelle et la première année. Le programme de Formation personnelle établi par le ministre pour la maternelle et la première année comprend la sous-composante « Éducation à la vie familiale » (p. 22). Le but de cette sous-composante est de développer chez l'élève l'aptitude à [TRADUCTION] « [c]omprendre le rôle de la famille et [à] prendre des décisions responsables en matière de relations personnelles » (p. 22). Il est mentionné dans la sous-composante que, à la fin du programme, les enseignants [TRADUCTION] « vérifient si chaque élève [. . .] est conscient de la diversité des groupes familiaux » (p. 23). Il y est de plus indiqué (à la p. 22) :

[TRADUCTION]

On s'attend à ce que l'élève puisse :

- décrire divers types de familles
- distinguer les rôles et les responsabilités des différents membres de la famille

- identify the characteristics that make the family environment safe and nurturing
- identify the physical characteristics that distinguish males from females
- identify that living things reproduce

In order to help K-1 students achieve these learning outcomes, the following instructional strategies are suggested (among others): have students compare different families and discuss similarities and differences; have students draw or write about their families; and have students talk about each other's families (p. 22).

The Minister's materials did not specify what kinds of families should be identified. Its general instruction that children talk about their families requires, however, that the program not be limited to particular families; teachers were encouraged to promote discussion on whatever family a child happened to have. This is in keeping with the views of the Minister and the Director of Curriculum Branch of the Ministry of Education. The Minister, the Honourable Moe Sihota, stated:

> The prescribed curriculum does not itemize the cultural, racial, disability, or other differences that should be addressed. Rather, it provides students with the skills and abilities to effectively deal with a wide range of diversity and to accept and value other cultures, races, genders, orientation, and points of view. While sexual orientation is not expressly mentioned in the Prescribed Learning Outcomes or Cross-Curricular Outlines, the curriculum allows a teacher to address issues such as sexual orientation within the context of the classroom environment.

The Director of the Curriculum Branch recognized same-sex parented families as a family model that might be discussed in teaching this curriculum.

It is therefore clear that the B.C. curriculum for the K-1 level contemplated discussion of all family

- énumérer les caractéristiques d'un environnement familial sûr et chaleureux
- énumérer les caractéristiques physiques qui distinguent les hommes des femmes
- se montrer conscient que les êtres vivants se reproduisent

Pour que les élèves de maternelle et de première année puissent atteindre ces résultats d'apprentissage, les stratégies d'enseignement suivantes, en autres, sont recommandées : demander aux élèves de comparer diverses familles et de discuter des ressemblances et des différences; demander aux élèves de dessiner ou de décrire par écrit leur famille; et faire parler les élèves entre eux de leurs familles (p. 22).

39 Les documents du ministre ne précisent pas les types de familles dont il doit être question. Cependant, étant donné ses directives générales voulant que les enfants parlent entre eux de leurs familles, le programme ne peut se limiter à certains types de familles; les enseignants ont été encouragés à favoriser la discussion sur le type de famille que les enfants se trouvent avoir. Cela correspond aux vues du ministre et du directeur des Programmes d'études du ministère de l'Éducation. Le ministre, l'honorable Moe Sihota, a déclaré:

> [TRADUCTION] Le programme d'études prescrit ne mentionne pas la culture, la race, l'invalidité ou autres différences dont on doit tenir compte. Par contre, il donne aux élèves les compétences et les capacités nécessaires pour aborder efficacement une vaste gamme de diversités, pour accepter et apprécier les personnes dont la culture, la race, le sexe, l'orientation et les opinions diffèrent des leurs. Même si l'orientation sexuelle n'est pas expressément mentionnée dans les Résultats d'apprentissage prescrits ou dans les Considérations communes à tous les programmes, le programme d'études permet à l'enseignant de traiter des questions comme l'orientation sexuelle dans le cadre de l'enseignement en classe.

Le directeur des Programmes d'études a inclus les familles homoparentales dans les modèles familiaux dont on peut discuter dans le cadre du programme scolaire.

40 Par conséquent, il est clair que le programme d'études de la Colombie-Britannique pour la

types, including same-sex parented families. The exclusion of any particular type of family was contrary to the ministerial direction as embodied in the curriculum.

41 In summary, the Board was required to act in accordance with the Act and its own regulation. This meant that the Board was required to do three things:

> (i) to operate in a strictly secular manner, not allowing the concerns of one group of parents to deny equal recognition to the family models of other members of the school community;
>
> (ii) to act in accordance with its own general regulation requiring that supplementary materials be relevant to the learning objectives, appropriate to the age, maturity and learning needs of the students, fair and free from discrimination, and readable, interesting and manageable in the teaching situation; and
>
> (iii) to apply the criteria for supplemental resources indicated by the curriculum goals for K-1 students, which included the objectives of permitting all K-1 students to discuss their particular family models in class, and of making all students aware of the broad array of family models that exist in our society.

42 Against this background, I turn to the manner in which the Board proceeded in this case.

V. The Board's Decision

43 The story begins in December 1996 and January 1997, when Mr. James Chamberlain, a Kindergarten teacher in the Surrey School District, asked for approval of the three books here in question.

maternelle et la première année prévoyait la discussion de tous les types de familles, y compris les familles homoparentales. L'exclusion de tout type de famille allait à l'encontre des directives ministérielles exprimées dans le programme d'études.

En résumé, le conseil scolaire était tenu de se conformer à la Loi et à son propre règlement, de sorte qu'il devait faire trois choses :

> (i) fonctionner selon des principes strictement laïques, en ne permettant pas que les préoccupations d'un groupe de parents empêchent la reconnaissance des modèles familiaux d'autres membres de la collectivité scolaire;
>
> (ii) agir conformément à son propre règlement général, qui exige que les ressources complémentaires correspondent aux objectifs d'apprentissage, conviennent à la catégorie d'âge visée, à la maturité et aux besoins d'apprentissage des élèves, soient justes et exemptes de discrimination et soient lisibles, intéressantes et faciles à traiter dans la situation d'enseignement;
>
> (iii) appliquer, pour l'approbation de ressources complémentaires, les critères découlant des objectifs du programme d'études établis pour les élèves de maternelle et de première année, y compris l'objectif de permettre aux élèves de ces niveaux de discuter en classe de leur propre modèle familial et celui de sensibiliser tous les élèves à la grande diversité des modèles familiaux dans notre société.

Dans ce contexte, je vais maintenant examiner la manière dont le conseil scolaire a procédé en l'espèce.

V. La décision du conseil scolaire

L'histoire commence en décembre 1996 et en janvier 1997, lorsque M. James Chamberlain, qui enseignait la maternelle dans le district scolaire de Surrey, a demandé l'approbation des trois manuels en question.

Mr. Chamberlain knew that, unless the Board approved the three books as learning resources, he could not use them in the teaching of the family life education curriculum. In January of 1996, the Board had adopted a policy stipulating that: "[t]eachers having responsibility for teaching the family life component of the Career and Personal Planning curriculum should use resource materials contained in the Ministry recommended or District approved lists" (District Policy B64-95/96). And on October 23, 1996, the school principal had written to Mr. Chamberlain, directing him to "use only provincially or district approved learning resources in your classroom" (emphasis added). Therefore, unless Mr. Chamberlain could succeed in his request for approval of the books, he would not be able to use them in the classroom.

Monsieur Chamberlain savait qu'il ne pourrait pas utiliser les trois manuels comme ressources d'apprentissage pour enseigner la sous-composante « Éducation à la vie familiale » si le conseil scolaire ne les approuvait pas. En janvier 1996, celui-ci avait adopté une politique selon laquelle : [TRADUCTION] « [l]es enseignants chargés de la sous-composante "Éducation à la vie familiale" du programme de Planification professionnelle et personnelle devraient utiliser les ressources documentaires figurant soit sur la liste du ministère, soit sur la liste des titres recommandés par le district » (District Policy B64-95/96). Le 23 octobre 1996, le directeur de l'école avait écrit à M. Chamberlain, lui enjoignant [TRADUCTION] « d'utiliser dans votre classe uniquement les ressources d'apprentissage approuvées par la province ou par le district » (je souligne). Par conséquent, M. Chamberlain ne pouvait pas utiliser ces manuels en classe à moins de réussir à les faire approuver. 44

On April 10, 1997, the Board adopted a resolution stating that resources from gay and lesbian groups were not approved for use in the Surrey School District. This resolution has been quashed and is not under appeal. However, it provides the context of what occurred later. The resolution set out:

Le 10 avril 1997, le conseil scolaire a adopté une résolution indiquant que le matériel émanant des groupes de gais et de lesbiennes n'était pas approuvé pour utilisation dans le district scolaire de Surrey. Cette résolution a été annulée et ne fait pas l'objet de l'appel. Toutefois, elle fournit le contexte de ce qui s'est produit plus tard. La résolution prescrit : 45

THAT WHEREAS the parents delegate their authority to us as trustees of public education; and

[TRADUCTION] ATTENDU QUE les parents nous délèguent leur autorité comme conseillers pour l'enseignement public;

WHEREAS parents have voiced their concern over the use of Gay and Lesbian Educators of British Columbia (GALE BC) resources in the classroom; and

ATTENDU QUE les parents ont exprimé leurs inquiétudes au sujet de l'utilisation du matériel des Gay and Lesbian Educators of British Columbia (GALE BC) en classe;

WHEREAS the Gay and Lesbian Educators of British Columbia (GALE BC) resources or resource lists have not been approved for use in School District #36 (Surrey).

ATTENDU QUE le matériel ou la liste du matériel des Gay and Lesbian Educators of British Columbia (GALE BC) n'ont pas été approuvés pour utilisation dans le district scolaire nº 36 (Surrey),

THEREFORE BE IT RESOLVED THAT all administration, teaching and counseling staff be informed that resources from gay and lesbian groups such as GALE or their related resource lists are not approved for use or redistribution in the Surrey School District.

À CES CAUSES, IL EST RÉSOLU QUE l'ensemble du personnel de l'administration, de l'enseignement et du counseling soit informé que le matériel des groupes gais et lesbiennes comme GALE et la liste du matériel connexe de ces groupes ne sont pas approuvés pour utilisation ou diffusion dans le district scolaire de Surrey.

46 After this resolution was passed, certain resources, including library books, posters and pamphlets, were removed from schools within the district.

47 The Board's procedures for approval of supplementary learning resources required staff to put requests for new materials to the Superintendent of Schools, who was charged with "general responsibility for seeing that the approved criteria are known and appropriately applied" (Regulation 8800.1), in consultation with parents and professional colleagues. The Superintendent's recommendation would then be passed on to the Board. Here the Superintendent passed the request on to the Board with no recommendation, asking only that the Board "consider" the three books. He expressed his position subsequently as follows:

> . . . I questioned whether the Three Books were appropriate for the Kindergarten and Grade One level. The PP K-7 curriculum refers to family models but does not specifically address homosexuality or same-sex couples. In my view, the Three Books were not necessary to achieve the learning objectives of the PP K-7 curriculum. I was of the view that if the Ministry had intended that homosexuality and/or family models involving same-sex couples be a component of the PP K-7 curriculum for Kindergarten and Grade One, given the contentious and sensitive nature of the topic, such would have been expressly included in the Ministry's PP K-7 Integrated Resource Package ("IRP"). As the Ministry had not specifically included such in the IRP or included any other resources on homosexuality or same-sex couples for K-1, I anticipated that any decision by the District to approve such would be very controversial amongst parents in the District and a decision in this regard must come from the Board as elected representatives of the community. I was also concerned that the right of parents to be the primary educators in the development of attitudes and values of Kindergarten and Grade One children be maintained. I found it difficult to conclude that by approving the Three Books for Kindergarten and Grade One, the school would be providing a supportive role and maintaining a partnership between home and school. [Emphasis added.]

48 Although the final decision was the Board's and not the Superintendent's, the above passage appears to express the concerns on which the Board relied. It reveals a particular interpretation of the *School*

Après l'adoption de cette résolution, certains documents, dont des livres de la bibliothèque, des affiches et des brochures ont été enlevés des écoles du district.

Selon les procédures prévues par le conseil scolaire pour l'approbation des ressources d'apprentissage complémentaires, le personnel doit présenter les demandes de nouveau matériel au directeur général de l'enseignement, qui avait [TRADUCTION] « la responsabilité générale de veiller à ce que les critères approuvés soient connus et bien appliqués » (règlement 8800.1), en consultation avec les parents et les collègues. Le directeur général transmet ensuite sa recommandation au conseil scolaire. Ici, le directeur général a transmis la demande au conseil scolaire sans aucune recommandation, lui demandant seulement d'[TRADUCTION] « examiner » les trois manuels. Il a par la suite exprimé ainsi sa position :

> [TRADUCTION] . . . je me suis demandé si les trois manuels convenaient pour la maternelle et la première année. Le programme de Formation personnelle M à 7 traite des modèles familiaux mais n'aborde pas expressément la question de l'homosexualité ni celle des couples de même sexe. À mon avis, les trois manuels n'étaient pas nécessaires à l'atteinte des objectifs d'apprentissage du programme FP M à 7. J'estimais que, si le ministère avait voulu que l'homosexualité et/ou les modèles de familles homoparentales fassent partie du programme FP M à 7, vu la nature litigieuse et délicate du sujet, il l'aurait expressément mentionné dans l'Ensemble de ressources intégrées (« ERI ») du ministère. Il ne l'a pas fait et il n'a pas inclus non plus d'autre matériel sur l'homosexualité ou les couples de même sexe pour la maternelle et la première année. J'ai donc pensé que toute décision du district d'approuver de tels manuels provoquerait une vive controverse chez les parents du district et qu'une décision à cet égard doit émaner des membres du conseil en tant que représentants élus de la collectivité. Je voulais également préserver le droit des parents d'être les principaux éducateurs pour le développement des attitudes et des valeurs chez les enfants de maternelle et de première année. Il m'était difficile de conclure que, si l'école approuvait les trois manuels pour la maternelle et la première année, elle jouerait un rôle de soutien et maintiendrait le partenariat entre la maison et l'école. [Je souligne.]

Bien que la décision finale appartienne au conseil scolaire et non au directeur général, ce passage semble exprimer les inquiétudes qui ont motivé la décision du conseil. Il révèle une interprétation

Act and curriculum. First, it equates homosexuality and same-sex parented families and suggests that because of the controversial nature of these subjects, the legislature and Minister could not be taken to have intended them to be discussed, absent express language so requiring. Second, it applies a criterion of necessity. Third, it expresses a concern with maintaining the right of parents to be the primary educators of K-1 children. Fourth, it expresses a concern that approval of the books would engender controversy in light of parents' views and might undermine the relationship between home and school.

particulière de la *School Act* et du programme d'études. Premièrement, il assimile homosexualité et familles homoparentales et laisse entendre qu'en raison de la nature controversée de ces questions, on ne pouvait pas présumer que le législateur et le ministre avaient voulu qu'elles fassent l'objet de discussion, sans mention expresse de leur part. Deuxièmement, il révèle l'application d'un critère de nécessité. Troisièmement, il indique le désir de préserver le droit des parents d'être les premiers responsables de l'éducation des enfants de maternelle et de première année. Quatrièmement, il révèle la crainte que l'approbation des manuels ne provoque une controverse, étant donné les points de vue des parents, et qu'elle ne mine la relation qui existe entre le foyer et l'école.

What the Superintendent and the Board did not consider is as telling as what they did consider. The Superintendent's statement does not refer to the absence of restriction on the curriculum's direction to discuss different family types. It does not refer to the emphasis in the *School Act* and curriculum on tolerance, respect, inclusion and understanding of social and family diversity. And it does not refer to the secular nature of the public school system and its mandate to provide a nurturing and validating learning experience for all children, regardless of the types of families they come from.

49 Ce que le directeur général et le conseil scolaire n'ont pas pris en compte en dit aussi long que ce qu'ils ont pris en compte. La déclaration du directeur général ne mentionne pas le fait que les directives sur le programme d'études selon lesquelles on doit discuter des différents types de familles n'étaient assujetties à aucune restriction. Elle ne mentionne pas l'accent qui est mis sur la tolérance, le respect, l'inclusion et la compréhension de la diversité sociale et familiale dans la *School Act* et dans le programme d'études. Elle ne fait pas état non plus du caractère laïque du système d'enseignement public et de son mandat de fournir un milieu d'apprentissage enrichissant et valorisant à tous les enfants, sans égard aux types de familles dont ils sont issus.

On April 24, 1997, the Board passed the resolution here at issue declining to approve the three books. The resolution provides:

50 Le 24 avril 1997, le conseil scolaire adopte la résolution en litige en l'espèce par laquelle il refuse d'approuver les trois manuels :

THAT the Board, under Policy #8800 — *Recommended Learning Resources and Library Resources*, not approve the use of the following three (3) learning resources:

Grade Level K-1 Personal Planning

Elwin, R., & Paulse, M. (1990). *Asha's Mums.*
Newman, L. (1991). *Belinda's Bouquet.*
Valentine, J. (1994). *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads.*

[TRADUCTION] QUE le Conseil, en vertu de la politique nº 8800 — *Ressources d'apprentissage recommandées et ressources documentaires*, n'approuve pas l'utilisation des trois (3) ressources d'apprentissage suivantes :

Formation personnelle — Maternelle et première année

Elwin, R., & Paulse, M. (1990). *Asha's Mums.*
Newman, L. (1991). *Belinda's Bouquet.*
Valentine, J. (1994). *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads.*

The effect of this resolution was that the three books could not form part of the family life education

De ce fait, les trois manuels ne pouvaient pas servir à l'enseignement de la sous-composante

curriculum taught in Kindergarten and Grade One classrooms.

51 The chambers judge found that parental concern over the portrayal of same-sex parented families in the K-1 classroom was the overarching consideration in the Board's decision not to approve the books. She concluded that the Board's decision was based on concerns that the books would conflict with some parents' views on same-sex relationships:

> On review of all the evidence in this case on the basis of the School Board's decision, I conclude that when the School Board passed the Books resolution, some of the trustees who voted in favour of the resolution were motivated to a significant degree by concern that parents and others in the School District would consider the books incompatible or inconsistent with their religious views on the subject of same-sex relationships.
>
> ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222, at para. 93)

The Board's view was that addressing the subject of same-sex relationships in Kindergarten and Grade One classes would raise sensitive issues for parents, and weight must be given to their concerns.

52 More specifically, the Board was concerned that the use of the three books in the classroom might teach values to children divergent to those taught at home, confusing the children with inconsistent values. As counsel for the Board argued:

> Very young children cannot assess competing moral views about homosexual relationships on their own. It is not in their best interest that they, or their parents, be placed in the predicament of having divergent moral lessons over sensitive and controversial issues taught at school and at home.

53 This argument, referred to as "cognitive dissonance", tied in with a second concern, "age appropriateness". The Board expressed the view that five- and six-year-old children in the K-1 classroom do not have the ability to resolve divergent moral

« Éducation à la vie familiale » en maternelle et en première année.

Le juge siégeant en chambre a conclu que c'était essentiellement la préoccupation des parents au sujet de la représentation des familles homoparentales dans les classes de maternelle et de première année qui a amené le conseil scolaire à ne pas approuver les manuels. Le juge a conclu que la décision du conseil scolaire était dictée par la crainte que les manuels n'entrent en conflit avec les opinions de certains parents sur les relations homosexuelles :

> [TRADUCTION] Après avoir examiné l'ensemble de la preuve en l'espèce au sujet de la décision du conseil scolaire, je conclus que, lorsque celui-ci a adopté la résolution concernant les manuels, certains des conseillers qui ont voté en faveur de la résolution l'ont fait en grande partie parce qu'ils craignaient que les parents et d'autres personnes du district scolaire considèrent les manuels comme incompatibles avec leurs opinions religieuses sur les relations homosexuelles.
>
> ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222, par. 93)

Selon le conseil scolaire, si l'on traite d'unions homosexuelles en maternelle et en première année, cela soulèverait des questions délicates pour les parents et il faut tenir compte de leurs préoccupations.

Plus particulièrement, le conseil scolaire craignait que l'utilisation des trois manuels en classe n'ait comme conséquence d'enseigner aux enfants des valeurs qui vont à l'encontre de celles enseignées à la maison, ce qui aurait pour effet de les désorienter sur le plan des valeurs. Comme l'avocat du conseil scolaire le prétend :

> [TRADUCTION] Les très jeunes enfants ne sont pas capables d'évaluer des opinions morales contraires sur les relations homosexuelles. Il n'est pas dans leur intérêt, ni dans l'intérêt des parents, qu'ils se trouvent dans la situation difficile où les leçons de morale enseignées à l'école et celles enseignées à la maison sur des sujets délicats et controversés sont divergentes.

Cet argument, connu sous le nom de « dissonance cognitive », est lié à une deuxième préoccupation, « la catégorie d'âge visée ». Le conseil scolaire juge que les enfants de cinq et six ans en maternelle et en première année ne sont pas capables d'évaluer

lessons, and that children might be provoked to ask questions on subjects that parents feel should not be discussed at such a young age. For this reason, approving the three books would not be keeping with the best interests of the child.

Finally, the Board considered whether the three books were necessary to achieve the required learning outcomes, in light of the views of senior district staff that the use of the three books is not necessary to teach the personal planning curriculum.

In summary, the resolution declining to approve the books was made without inquiring into the relevance of the books to the curriculum, and without asking whether there was a realistic possibility that there were, or would soon be, children from same-sex parented families in the school district whose family models would be discussed under the K-1 curriculum. The Board's position was simply that material depicting same-sex parented families should not be made available to children at the K-1 level. The reasons advanced for this position were: that the material was not necessary to achieve the required learning outcomes; that the books were controversial; that objecting parents' views must be respected; that children at the K-1 level should not be exposed to ideas that might conflict with the beliefs of their parents; and, that children of this age were too young to learn about same-sex parented families. Behind all these considerations hovered the moral and religious concerns of some parents and the Board with the morality of homosexual relationships.

VI. Application of the Standard to the Impugned Decision

Was the Board's decision not to approve the three books reasonable? As I discussed, the Board's decision will be unreasonable if the Board proceeded in a manner that took it outside the constraints intended

des leçons de morale contraires et qu'ils pourraient être tentés de poser des questions sur des sujets qui, selon les parents, ne devraient pas être abordés à un si jeune âge. Pour ce motif, l'approbation des trois manuels ne serait pas conforme aux intérêts de l'enfant.

54 Finalement, le conseil scolaire s'est demandé si les trois manuels étaient nécessaires aux enfants pour atteindre les résultats d'apprentissage prescrits, le point de vue de cadres du district étant que leur utilisation n'est pas nécessaire aux enseignants pour enseigner le programme de Formation personnelle.

55 En résumé, le conseil scolaire a adopté sa résolution, qui est de refuser d'approuver les manuels, sans se demander s'ils correspondaient au programme d'études et s'il y avait une réelle possibilité qu'il y ait à ce moment-là ou dans un proche avenir dans le district scolaire des enfants de familles homoparentales dont le modèle familial serait discuté dans le cadre du programme d'études de la maternelle et de la première année. La position du conseil scolaire était simplement que l'on ne devrait pas mettre à la disposition des enfants en maternelle et en première année du matériel illustrant des familles homoparentales. Les raisons avancées au soutien de cette position étaient les suivantes : le matériel n'est pas nécessaire à l'atteinte des résultats d'apprentissage prescrits; les manuels sont controversés; les opinions des parents qui ne sont pas d'accord doivent être respectées; ces enfants ne devraient pas être exposés à des idées qui peuvent entrer en conflit avec les convictions de leurs parents; les enfants de cet âge sont trop jeunes pour être exposés à la question des familles homoparentales. Derrière ces préoccupations se cachent les préoccupations morales de certains parents et du conseil scolaire relativement à la moralité des unions homosexuelles.

VI. Application de la norme à la décision contestée

56 La décision du conseil scolaire de ne pas approuver les trois manuels était-elle raisonnable? Comme je l'ai mentionné, sa décision sera déraisonnable si son processus décisionnel l'a entraîné à l'extérieur

by the legislature. In my view, the Board's decision was unreasonable in this sense.

57 We have seen that the Board was required to exercise its power to approve or reject supplementary classroom resources in a manner that accorded with: (1) the secular mandate of the Act; (2) the regulation which the Board had put in place pursuant to Ministerial Order; and (3) the factors required to be considered by the Act, including the desired learning outcome for K-1 students found in the curriculum. While the Board must be given some latitude in making its decision, and not every error would make its decision unreasonable, its decision here must be set aside as unreasonable because the process through which it was made took the Board outside its mandate under the *School Act*.

58 The Board's first error was to violate the principles of secularism and tolerance in s. 76 of the *School Act*. Instead of proceeding on the basis of respect for all types of families, the Superintendent and the Board proceeded on an exclusionary philosophy. They acted on the concern of certain parents about the morality of same-sex relationships, without considering the interest of same-sex parented families and the children who belong to them in receiving equal recognition and respect in the school system. The Board was not permitted to reject the books simply because certain parents found the relationships depicted in them controversial or objectionable.

59 As discussed earlier, the religious origin of the parents' objections is not in itself fatal to the Board's decision. The requirement of secularism in s. 76 does not preclude decisions motivated in whole or in part by religious considerations, provided they are otherwise within the Board's powers. It simply signals the need for educational decisions and policies, whatever their motivation, to respect the multiplicity of religious and moral views that are held by families in the school

des limites fixées par le législateur. Selon moi, la décision du conseil scolaire était déraisonnable en ce sens.

Nous avons vu que le conseil scolaire était tenu d'exercer son pouvoir d'approuver ou de refuser d'approuver des ressources éducatives complémentaires d'une manière compatible avec (1) l'exigence de laïcité prévue dans la Loi, (2) le règlement qu'il avait adopté en application de l'arrêté ministériel et (3) les facteurs devant être pris en considération suivant la Loi, y compris les résultats d'apprentissage prescrits dans le programme d'études pour la maternelle et la première année. Même si le conseil scolaire doit disposer d'une certaine latitude pour prendre des décisions et même si ce ne sont pas toutes les erreurs qui rendent sa décision déraisonnable, force est de conclure, en l'espèce, que sa décision doit être annulée parce qu'elle n'a pas été prise dans les limites du mandat que lui confère la *School Act*.

La première erreur du conseil scolaire a été de ne pas respecter les principes de laïcité et de tolérance énoncés à l'art. 76 de la *School Act*. Au lieu d'agir dans le respect de tous les types de familles, le directeur général et le conseil scolaire ont agi suivant un principe d'exclusion. Ils ont donné suite aux doutes de certains parents quant à la moralité des unions homosexuelles, sans tenir compte du droit des familles homoparentales et des enfants qui en font partie de bénéficier de la même reconnaissance et du même respect au sein du système scolaire. Le conseil scolaire ne pouvait pas refuser d'approuver les manuels seulement parce que certains parents jugeaient que les relations qui y sont illustrées étaient controversées ou répréhensibles.

Comme je l'ai mentionné, le caractère religieux de l'opposition des parents n'est pas en soi fatal à la décision du conseil scolaire. La laïcité exigée à l'art. 76 n'empêche pas qu'une décision puisse être fondée, en partie ou en totalité, sur des considérations religieuses, à la condition qu'elle soit prise dans les limites du pouvoir du conseil scolaire. Elle indique seulement que les décisions et politiques en matière d'enseignement, quel que soit leur fondement, doivent respecter la diversité des convictions

community. It follows that the fact that some parents and Board members may have been motivated by religious views is of no moment. What matters is whether the Board's decision was unreasonable in the context of the educational scheme mandated by the legislature.

The Board's second error was to depart from the regulation it had made pursuant to Ministerial Order as to how decisions on supplementary resources should be made. The Board's regulation required it to consider whether a proposed resource is "appropriate for the particular community in which it will be used", and recognized the existence of diverse communities within the School District and the Board's duty to approach the needs of each with respect and tolerance. Contrary to this requirement, the Board gave no consideration to the needs of children of same-sex parented families and instead based its decision on the views of a particular group who were opposed to any depiction of same-sex relationships in K-1 school materials. The Board's regulation also required it to consider the relevance of proposed material to curriculum objectives. Here too, it failed.

This brings us to the Board's third error — its application of the wrong criteria. The Board either ignored or mistook the requirements of the *School Act* and the learning outcomes of the curriculum. The curriculum states that children at the K-1 level should be able to discuss their family models, whatever these may be, and that all children should be made aware of the diversity of family models that exist in our society. The Board did not consider this objective. Indeed, the Superintendent, whose views appear to have guided the Board, took the view that unless the curriculum expressly required that same-sex parented families should be discussed, the Board need not inquire into the relevance or suitability of the books as learning resources. This was an erroneous interpretation of the *School Act* and the Ministerial Orders, as well

religieuses et morales des familles au sein de la collectivité scolaire. Il importe donc peu que certains parents et conseillers scolaires aient été animés par des convictions religieuses. Il importe plutôt de savoir si la décision du conseil scolaire était déraisonnable dans le contexte du système d'enseignement prescrit par le législateur.

60 La deuxième erreur du conseil scolaire a été de déroger au règlement qu'il avait adopté en application de l'arrêté ministériel quant au fondement de la décision d'approuver ou non des ressources complémentaires. Le règlement exigeait du conseil scolaire qu'il se demande si les ressources proposées sont [TRADUCTION] « appropriées pour la collectivité dans laquelle elles seront utilisées » et reconnaissait l'existence de différentes collectivités dans le district scolaire, de même que l'obligation du conseil scolaire d'examiner avec respect et tolérance les besoins de chacune d'elles. Contrairement à cette exigence, le conseil scolaire n'a aucunement tenu compte des besoins des enfants des familles homoparentales et a plutôt fondé sa décision sur le point de vue d'un groupe en particulier qui s'opposait à toute illustration des unions de même sexe dans le matériel scolaire destiné à la maternelle et à la première année. Le règlement obligeait également le conseil scolaire à examiner la pertinence du matériel proposé eu égard aux objectifs du programme d'études, ce qu'il n'a pas fait non plus.

61 En troisième lieu, le conseil scolaire a commis une erreur en appliquant les mauvais critères. Il a fait fi des exigences de la *School Act* et des résultats d'apprentissage prescrits, ou il s'est mépris à leur sujet. Le programme d'études précise que les enfants de maternelle et de première année doivent être en mesure de discuter de leurs propres modèles familiaux, quels qu'ils soient, et que tous les enfants doivent être sensibilisés à la diversité des modèles familiaux dans notre société. Le conseil scolaire n'a pas tenu compte de cet objectif. En fait, le directeur général, dont l'opinion paraît avoir orienté la démarche du conseil scolaire, a jugé que le conseil scolaire n'avait pas à examiner la pertinence ou le caractère approprié des manuels à titre de ressources d'apprentissage, sauf si le programme d'études exige expressément que soit abordée la question des

as of the Board's own general regulation on selection criteria.

62 Instead of applying the proper criteria, the Superintendent and the Board erroneously applied a criterion of necessity and justified their decision on the basis that discussion of same-sex parented families would send divergent messages and thus induce "cognitive dissonance", and that such discussion was not age appropriate for K-1 children.

63 I turn first to necessity. To require that supplementary resources be necessary is to misunderstand their function. If a given resource were necessary, one would expect to find it among the materials required for use in all classrooms. The purpose of allowing a school board to approve supplementary materials is to enable different communities to enrich the learning experience by bringing in extra materials of relevance, above and beyond the materials that are strictly necessary for the implementation of the curriculum. Instead of necessity, the Board should have considered relevance. Indeed, this is the test which the Board's own prior regulation on appropriate selection criteria lays down.

64 The argument based on cognitive dissonance essentially asserts that children should not be exposed to information and ideas with which their parents disagree. This claim stands in tension with the curriculum's objective of promoting an understanding of all types of families. The curriculum requires that all children be made aware of the array of family models that exist in our society, and that all be able to discuss their particular family model in the classroom.

65 The number of different family models in the community means that some children will inevitably come from families of which certain parents disapprove. Giving these children an opportunity to discuss their family models may expose other children to some cognitive dissonance. But such

familles homoparentales. Il s'agit d'une interprétation erronée de la *School Act* et des arrêtés ministériels, ainsi que du règlement général du conseil scolaire établissant les critères de sélection.

Au lieu d'appliquer les bons critères, le directeur général et le conseil scolaire ont appliqué à tort le critère de la nécessité et ont justifié leur décision en soutenant que la discussion sur les familles homoparentales transmettrait des messages discordants et donnerait lieu de ce fait à une « dissonance cognitive », et qu'une telle discussion ne convenait pas à l'âge des élèves de maternelle et de première année.

Examinons tout d'abord l'argument de la nécessité. Exiger que des ressources complémentaires soient nécessaires est un non-sens. Si une ressource donnée était nécessaire, on s'attendrait à ce qu'elle fasse partie des ressources devant être utilisées dans toutes les classes. La raison pour laquelle un conseil scolaire peut approuver des ressources complémentaires est de permettre aux différentes collectivités d'enrichir l'enseignement en ajoutant au matériel strictement nécessaire à la mise en œuvre du programme des ressources complémentaires pertinentes. Le conseil scolaire aurait dû tenir compte non pas de la nécessité, mais de la pertinence, l'un des critères de sélection établis dans son propre règlement.

L'argument fondé sur le risque de dissonance cognitive consiste essentiellement à affirmer que les enfants ne devraient pas être exposés à de l'information ou à des idées auxquelles leurs parents ne souscrivent pas. Cette prétention va à l'encontre de l'objectif de la sensibilisation à tous les types de familles. Le programme d'études exige que tous les enfants soient sensibilisés à la grande diversité des modèles familiaux dans notre société et qu'ils puissent discuter en classe de leurs propres modèles familiaux.

Vu le nombre de différents modèles familiaux dans la collectivité, certains enfants seront nécessairement issus de familles que certains parents désapprouvent. Donner à ces enfants la chance de parler de leurs modèles familiaux peut exposer d'autres enfants à certaines dissonances cognitives.

dissonance is neither avoidable nor noxious. Children encounter it every day in the public school system as members of a diverse student body. They see their classmates, and perhaps also their teachers, eating foods at lunch that they themselves are not permitted to eat, whether because of their parents' religious strictures or because of other moral beliefs. They see their classmates wearing clothing with features or brand labels which their parents have forbidden them to wear. And they see their classmates engaging in behaviour on the playground that their parents have told them not to engage in. The cognitive dissonance that results from such encounters is simply a part of living in a diverse society. It is also a part of growing up. Through such experiences, children come to realize that not all of their values are shared by others.

Toutefois, cela n'est ni évitable ni nocif. En tant que membres d'un corps scolaire hétérogène, les enfants y sont exposés tous les jours dans le système d'enseignement public. À l'heure des repas, ils voient leurs camarades de classe, et peut-être aussi leurs professeurs, manger des aliments qui leur sont interdits, que ce soit en raison des restrictions religieuses de leurs parents ou d'autres croyances morales. Ils voient leurs camarades porter des vêtements dont leurs parents désapprouvent les caractéristiques ou les marques. Et ils sont également témoins, dans la cour d'école, de comportements que leurs parents désapprouvent. La dissonance cognitive qui en résulte fait simplement partie de la vie dans une société diversifiée. Elle est également inhérente au processus de croissance. C'est à la faveur de telles expériences que les enfants se rendent compte que tous ne partagent pas les mêmes valeurs.

Exposure to some cognitive dissonance is arguably necessary if children are to be taught what tolerance itself involves. As my colleague points out, the demand for tolerance cannot be interpreted as the demand to approve of another person's beliefs or practices. When we ask people to be tolerant of others, we do not ask them to abandon their personal convictions. We merely ask them to respect the rights, values and ways of being of those who may not share those convictions. The belief that others are entitled to equal respect depends, not on the belief that their values are right, but on the belief that they have a claim to equal respect regardless of whether they are right. Learning about tolerance is therefore learning that other people's entitlement to respect from us does not depend on whether their views accord with our own. Children cannot learn this unless they are exposed to views that differ from those they are taught at home.

66 On peut soutenir que l'exposition à certaines dissonances cognitives est nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est la tolérance. Comme le signale mon collègue, la tolérance n'exige pas l'approbation des croyances ou pratiques d'autrui. Lorsqu'on demande aux gens d'être tolérants envers autrui, on ne leur demande pas de renoncer à leurs convictions personnelles. On leur demande simplement de respecter les droits, les valeurs et le mode de vie des personnes qui ne partagent pas ces convictions. La croyance que les autres ont droit au même respect s'appuie non pas sur la croyance que leurs valeurs sont justes, mais sur la croyance qu'ils ont droit au même respect que leurs valeurs soient justes ou non. Apprendre la tolérance, c'est donc apprendre que les autres ont droit à notre respect, que leurs convictions soient les mêmes ou non. Les enfants ne peuvent l'apprendre que s'ils sont exposés à des points de vue qui diffèrent de ceux qui leur sont enseignés à la maison.

The Board's concern with age-appropriateness was similarly misplaced. The Board's regulation on appropriate selection criteria requires it to consider the age-appropriateness of proposed supplementary materials. However, here the curriculum itself designated the subject as age-appropriate by stating that all types of families found in the community should be discussed by K-1 students, including same-sex

67 Les inquiétudes du conseil scolaire quant à la catégorie d'âge visée ne sont pas non plus fondées. Son règlement établissant les critères de sélection exige qu'il se demande si les ressources complémentaires proposées conviennent à l'âge des enfants. Toutefois, en l'espèce, le programme d'études même indique que le sujet convenait à la catégorie d'âge visée en affirmant que les enfants en

parented families. The Board was not entitled to substitute its contrary view.

68 The Board did not suggest that the manner in which the books treated the approved subject was age-inappropriate. The chambers judge, at para. 98, agreed with the Superintendent's description of the books as showing

> that there are alternative family models, that these family models include models [with] same-sex parents, that these ought to be valued in the same way as other family models, that they are peopled by caring, thoughtful, intelligent, loving people who do give the same warmth and love and respect that other families do.

Without prejudging the issue, this message of respectful tolerance appears to correspond to the intended purpose of the K-1 curriculum and does not seem to venture further into biology and morality than is contemplated by the curriculum.

69 It is suggested that, while the message of the books may be unobjectionable, the books will lead children to ask questions of their parents that may be inappropriate for the K-1 level and difficult for parents to answer. Yet on the record before us, it is hard to see how the materials will raise questions which would not in any event be raised by the acknowledged existence of same-sex parented families in the K-1 parent population, or in the broader world in which these children live. The only additional message of the materials appears to be the message of tolerance. Tolerance is always age-appropriate.

70 The Board's final argument is that its decision cannot be attacked because it was not obliged to approve any particular supplementary materials. It is true that the Board is not obliged to approve every supplementary resource that it is presented with. It can reject supplementary materials — even

maternelle et en première année devraient discuter de tous les types de familles, y compris les familles homoparentales, que l'on trouve dans la collectivité. Le conseil scolaire ne pouvait substituer son avis contraire.

Le conseil scolaire n'a pas laissé entendre que la manière dont les manuels traitaient du sujet approuvé ne convenait pas à la catégorie d'âge visée. Le juge siégeant en chambre, au par. 98, souscrit à la description que le directeur général donne des manuels

> [TRADUCTION] qu'il existe d'autres modèles familiaux, y compris des familles homoparentales, qui ont droit au même respect que les autres modèles familiaux, qu'ils sont composés de personnes attentionnées, obligeantes, intelligentes, affectueuses, qui procurent autant de chaleur, d'amour et de respect que les autres familles.

Sans préjuger de la question, ce message de tolérance empreinte de respect paraît correspondre à l'objectif visé par le programme d'études de la maternelle et de la première année et ne pas aller plus loin en matière de biologie et de moralité que ce qui est prévu dans le programme.

On laisse entendre que même si le message qu'ils contiennent est acceptable, les manuels amèneront les enfants à poser à leurs parents des questions qui pourraient être inconvenantes pour le niveau de la maternelle et de la première année et peut-être embarrassantes pour les parents. Pourtant, au vu du dossier, il est difficile de voir comment le matériel pédagogique soulèverait des questions qui ne seraient pas de toute façon soulevées par la prise de conscience de l'existence de familles homoparentales parmi les familles des élèves de maternelle et de première année, ou dans le milieu plus large dans lequel vivent ces enfants. Le seul message additionnel du matériel paraît être un message de tolérance. La tolérance convient à tous les groupes d'âge.

Le dernier argument du conseil scolaire est que sa décision ne peut pas être contestée parce qu'il n'est tenu d'approuver aucun matériel complémentaire en particulier. Il est vrai qu'il n'est pas tenu d'approuver toutes les ressources complémentaires qui lui sont présentées. Il peut rejeter du matériel

supplementary materials that are relevant to the curriculum — if it does so on valid grounds, such as excessive level of difficulty, discriminatory content, inaccuracy, ineffectiveness, or availability of other materials to achieve the same goals. Had the Board proceeded as required by the Act, the curriculum and its own general regulation, its decision might have been unassailable. The difficulty is that the Board did not do so here.

I conclude that the Board's decision is unreasonable. It failed to proceed as required by the secular mandate of the *School Act* by letting the religious views of a certain part of the community trump the need to show equal respect for the values of other members of the community. It failed to proceed according to its own Ministry-mandated regulation which required tolerance and furtherance of prescribed curriculum learning outcomes. Finally, it failed to apply the appropriate criteria for approving supplementary learning resources and instead applied inappropriate criteria. The Board did not consider the relevance of the proposed material to the prescribed learning outcome of discussing and understanding all family types. Instead, it proceeded on the erroneous assumption that unless the curriculum explicitly required consideration of materials on same-sex parented families, it was entitled to reject them, and relied on considerations of cognitive dissonance and age-inappropriateness that ran counter to the curriculum for K-1 students.

These errors went to the heart of the Board's decision. It is suggested that rejection of the materials did not materially lessen the opportunities for teaching and enforcing tolerance in the classroom, and therefore is of no great moment. Yet to the appellants, it is a matter of importance. The last word — indeed the only word that counts — is the word of the legislature and the curriculum. It stresses tolerance and inclusion, and places high importance on discussion and understanding of all family groups. The Board's rejection of these values must be seen as serious.

complémentaire, malgré sa pertinence quant au programme d'études, pour des motifs valables comme le degré de difficulté trop élevé, le contenu discriminatoire, l'inexactitude du contenu, l'inefficacité ou l'existence d'autre matériel qui permettrait d'atteindre les mêmes objectifs. S'il avait procédé comme l'exigent la Loi, le programme d'études et son règlement général, sa décision aurait pu être inattaquable. Le problème est qu'il ne l'a pas fait en l'espèce.

71 J'arrive à la conclusion que la décision du conseil scolaire est déraisonnable. Le conseil n'a pas respecté l'exigence de laïcité de la *School Act*, en permettant que les convictions religieuses d'une partie de la collectivité l'emportent sur la nécessité de faire preuve d'un même respect à l'endroit des valeurs d'autres membres de la collectivité. Il n'a pas agi conformément au règlement qu'il avait adopté en application de l'arrêté ministériel, règlement exigeant que l'on fasse preuve de tolérance et que l'on s'efforce d'obtenir les résultats d'apprentissage prescrits. Enfin, il n'a pas appliqué les bons critères d'approbation des ressources d'apprentissage complémentaires. Il n'a pas tenu compte de la pertinence du matériel proposé par rapport au résultat d'apprentissage prescrit, qui est de discuter en classe de tous les types de familles et de les comprendre. Il a plutôt présumé à tort qu'il pouvait refuser d'approuver des ressources illustrant des familles homoparentales si le programme scolaire n'exigeait pas expressément leur prise en compte et il a invoqué la dissonance cognitive et la catégorie d'âge visée, ce qui allait à l'encontre du programme d'études pour la maternelle et la première année.

72 Ces erreurs ont entaché la décision du conseil scolaire d'un vice fondamental. On laisse entendre que le refus d'approuver les manuels n'a pas réduit substantiellement les occasions d'enseigner et d'appliquer la tolérance en classe et qu'il n'a donc pas une grande importance. Or, pour les appelants, le refus est important. Le seul libellé qui compte est celui de la Loi et du programme d'études. Il met l'accent sur la tolérance et l'inclusion et accorde une grande importance à la discussion sur tous les groupes familiaux et à la compréhension à leur égard. Le rejet de ces valeurs par le conseil scolaire doit être considéré comme un acte grave.

VII. Conclusion

73 I conclude that the Board's decision not to approve the proposed books depicting same-sex parented families was unreasonable because the Board failed to act in accordance with the *School Act*. In light of this conclusion, it is not necessary to consider the constitutionality of the Board's decision. The issues discussed by my colleague concerning whether the appellants have standing and whether the action raises a serious legal question are not, in my view, ones which it is necessary or appropriate to comment on, given that this appeal does not fall to be determined on the basis of the *Charter*.

VIII. Order

74 I would allow the appeal with costs throughout to the appellants and remand the question of whether the books should be approved to the Board, to be considered according to the criteria laid out in the Board's own regulation, the curriculum guidelines and the broad principles of tolerance and non-sectarianism underlying the *School Act*.

The reasons of Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

75 This appeal concerns the judicial review of a discretionary educational policy decision of an elected school board not to approve three books as complementary "educational resource materials" for a dimension of the Kindergarten and Grade One ("K-1") curriculum in the Surrey School District. The three books in question depict parents in same-sex relationships. The character or nature of this portrayal will be discussed below in greater detail. The failure to approve the books is a discretionary educational policy decision of limited scope: it does not concern whether or not these books are or could be approved as "library resources"; it concerns only the potential classroom use of these particular books, since the ultimate discretion

VII. Conclusion

Je conclus que la décision du conseil scolaire de ne pas approuver les manuels proposés qui illustrent des familles homoparentales est déraisonnable, le conseil n'ayant pas agi conformément à la *School Act*. Compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'examiner la constitutionnalité de la décision. Il n'est ni nécessaire ni opportun, à mon sens, de se prononcer sur la question de la qualité pour agir des appelants et celle de savoir si l'action soulève une question de droit sérieuse, comme le fait mon collègue, étant donné que le règlement du présent pourvoi ne repose pas sur l'application de la *Charte*.

VIII. Ordonnance

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants dans toutes les cours, et de renvoyer au conseil scolaire la question de savoir si les manuels devraient être approuvés pour qu'il tranche en fonction des critères établis dans son règlement, des lignes directrices afférentes au programme d'études et des principes généraux de tolérance et de non-confessionnalisme qui sous-tendent la *School Act*.

Version française des motifs des juges Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce du contrôle judiciaire de la décision discrétionnaire, en matière de politique de l'enseignement, d'un conseil scolaire élu de ne pas approuver trois manuels à titre de « ressources documentaires éducatives » complémentaires pour une sous-composante du programme d'études de la maternelle et de la première année dans le district scolaire de Surrey. Les trois manuels en question représentent des parents qui forment un couple de même sexe. La nature de cette représentation est analysée plus en détail ci-après. La décision de ne pas approuver les manuels est de nature discrétionnaire et de portée limitée : elle ne porte pas sur l'approbation, effective ou éventuelle, de ces manuels à titre de « ressources documentaires »; elle ne vise que

regarding employing materials in the classroom rests with individual teachers; it concerns only the curriculum for students in the earliest two school grades, children of five and six years of age; and it addresses only the status of these books being placed on the complementary local, as distinct from provincial, "Recommended Learning Resources" list. More general pedagogical questions of how, and at what age, subject matter portraying parents in a same-sex relationship ought to be introduced into schools, are also not before this Court.

l'utilisation possible en classe de ces livres en particulier, puisque l'ultime décision d'employer ou non le matériel en classe revient à chacun des enseignants; elle ne touche que le programme d'études des élèves de maternelle et de première année, des enfants de cinq et six ans; seule est en cause l'inscription de ces manuels sur la liste locale des ressources complémentaires, par opposition à la liste provinciale des « Ressources d'apprentissage recommandées ». La Cour n'est pas non plus appelée à se prononcer sur des questions pédagogiques plus générales quant à savoir de quelle manière et à quel âge du matériel descriptif de parents qui sont des conjoints de même sexe devrait être introduit à l'école.

Based on the nature of the decision being reviewed, the appropriate standard of review for such a decision and an examination of the totality of the context, I am of the view that this appeal ought to be dismissed. While I agree with the Chief Justice as to the applicable standard of review, I respectfully disagree that the *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, and the relevant ministerial directives demand that all family types, rather than a diversity, be represented and, more importantly, that the three specific books at issue be approved for general classroom use by the School Board despite the fact that the Minister declined to approve them for province-wide use. I am of the view that the decision was *intra vires* the School Board under the *School Act* and was clearly reasonable. The practice of approving or not approving books is clearly within the purview of the School Board's authority, the decision is consistent with a proper understanding of s. 76 of that Act (i.e. the decision accords with a correct understanding of "strictly secular and non-sectarian principles" and does not offend the requirement that "[t]he highest morality must be inculcated"), the considerations taken into account by the School Board were appropriate, and the decision is respectful of ss. 2(*a*), 2(*b*) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

76 Vu la nature de la décision en cause, la norme de contrôle applicable et l'ensemble du contexte, j'estime que le pourvoi doit être rejeté. Je suis d'accord avec le Juge en chef quant à la norme de contrôle applicable, mais, avec égards, je ne crois pas que la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, et les directives ministérielles pertinentes exigent que tous les types de familles, plutôt que leur simple diversité, soient représentés et, surtout, que le conseil scolaire approuve l'utilisation générale en classe des trois manuels alors que le ministre a refusé d'en approuver l'utilisation pour l'ensemble de la province. Je suis d'avis que la décision relève du pouvoir conféré au conseil scolaire par la *School Act* et qu'elle est clairement raisonnable. L'approbation des manuels ressortit clairement au pouvoir du conseil scolaire, la décision est compatible avec une juste interprétation de l'art. 76 de cette loi (c'est-à-dire qu'elle est compatible avec une bonne interprétation des « principes strictement laïques et non confessionnels » et ne va pas à l'encontre de l'exigence que « [l]es plus hautes valeurs morales [soient] inculquées »), les éléments pris en considération par le conseil scolaire étaient appropriés et la décision respecte les al. 2*a*) et *b*), de même que l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

At the outset, it is important to note that there is important common ground between the parties before this Court: all agree that all persons, as differentiated from the conduct of persons, are equally deserving of the respect, concern and consideration

77 Il importe tout d'abord de signaler que les parties au présent pourvoi s'entendent sur bon nombre de questions : toutes les personnes, considérées indépendamment de leur comportement, ont également droit au respect, à l'intérêt et à la

that is consonant with their inherent human dignity; all agree that public schools must provide a learning and working environment that is safe, supportive and free from discrimination, including discrimination based on sexual orientation; and all agree that overt discussions of human sexuality, whether heterosexual or homosexual, and as distinct from both a basic understanding of the fact that living things, including humans, reproduce, and from the capacity to identify the physical characteristics which distinguish males from females, are not appropriate subject matter for discussion in K-1 classrooms.

78 The two most significant disagreements between the parties in the courts below were: whether or not it is valid for a school board to consider, when approving or not approving books, some expressions of parental concern when such concern manifests from those parents' conscience or belief, particularly, in this case, religious belief; and the nature of what the three books portray, when viewed from the perspective of K-1 students.

79 The above-mentioned two disagreements between the appellants and respondent resulted in a more general disagreement about the reasonableness of the Surrey School Board's decision. In effect, however, I am of the view that when one examines the totality of the context, the disagreement is actually about the appropriate way, in the K-1 classrooms of Surrey, B.C., to teach and guarantee tolerance and non-discrimination of all persons in a way which respects the rights of parents to raise their children in accordance with their conscience, religious or otherwise. In my view, it is obvious that *Charter* values are to be respected in the school context generally. That context, however, involves a need to respect both the right of homosexual persons to be free from discrimination and parental rights to make the decisions they deem necessary to ensure the well-being and moral education of their children. As noted by M. Ignatieff in *The Rights Revolution* (2000), a system devoted to the primacy of human rights protection enhances and safeguards what he calls the two sides of human rights: the right to be equal, and the right to differ. This case involves a tension between these rights. Given,

considération que commande la dignité inhérente à la personne humaine; les écoles publiques doivent offrir un milieu d'apprentissage et de travail sûr, solidaire et sans discrimination, y compris celle fondée sur l'orientation sexuelle; et la sexualité humaine, hétérosexuelle ou homosexuelle, par opposition au simple fait que les êtres vivants, y compris les humains, se reproduisent et à la capacité d'énumérer les caractéristiques physiques qui distinguent les hommes des femmes, n'est pas un sujet qu'il convient d'aborder explicitement dans une classe de maternelle ou de première année.

Les deux principaux points de désaccord entre les parties qui sont ressortis devant les tribunaux d'instance inférieure sont les suivants : la question de savoir si, pour l'approbation des manuels, un conseil scolaire peut tenir compte de certaines inquiétudes des parents dans la mesure où elles traduisent des convictions personnelles et, en particulier, en l'espèce, des croyances religieuses, ainsi que le propos des trois manuels du point de vue des élèves de maternelle et de première année.

Ces points de désaccord entre les appelants et l'intimé ont donné lieu à un désaccord plus général concernant le caractère raisonnable de la décision du conseil scolaire de Surrey. Cependant, je suis d'avis que si l'on tient compte de l'ensemble du contexte, le désaccord porte en fait sur la manière dont il convient, dans les classes de maternelle et de première année du district de Surrey, en Colombie-Britannique, d'enseigner et de garantir la tolérance envers chacun et l'égalité sans discrimination d'une façon qui respecte les droits des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions personnelles, religieuses ou autres. Il me paraît évident que les valeurs de la *Charte* doivent être respectées dans le contexte scolaire en général, lequel exige toutefois le respect à la fois du droit d'une personne homosexuelle d'être protégée contre la discrimination et du droit des parents de prendre les décisions qu'ils jugent nécessaires au bien-être et à l'éducation morale de leurs enfants. Comme le signale M. Ignatieff dans *La Révolution des droits* (2001), un système voué à la primauté des droits de la personne renforce et protège ce qu'il appelle les deux facettes des droits de la personne : le droit à l'égalité et le

however, that there is generally a shared commitment to *Charter* values and to actual non-discrimination in the school context more broadly, this case truly shows itself to be a question of balancing or accommodation, a question of choosing "ways and means" within policy implementation in a school context.

II. Relevant Constitutional, Statutory and Non-Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412

Preamble

WHEREAS it is the goal of a democratic society to ensure that all its members receive an education that enables them to become personally fulfilled and publicly useful, thereby increasing the strength and contributions to the health and stability of that society;

AND WHEREAS the purpose of the British Columbia school system is to enable all learners to develop their individual potential and to acquire the knowledge, skills and attitudes needed to contribute to a healthy, democratic and pluralistic society and a prosperous and sustainable economy;

droit à la différence. Ces deux droits s'affrontent en l'espèce. Mais comme, dans le milieu scolaire, les intéressés adhèrent généralement aux valeurs de la *Charte* et à la véritable non-discrimination, il s'agit en vérité, en l'espèce, de pondération ou d'accommodement, de choix des « moyens » dans le contexte de la mise en œuvre d'une politique en milieu scolaire.

II. Dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412

[TRADUCTION]

Préambule

ATTENDU QU'une société démocratique vise à garantir que tous ses membres reçoivent un enseignement qui leur permet de s'épanouir personnellement et d'être utiles à la société, et de contribuer ainsi à la vigueur et à la stabilité de cette société;

ATTENDU QUE l'objectif du système scolaire de la Colombie-Britannique est de permettre à tous les élèves d'exploiter leur potentiel individuel et d'acquérir les connaissances, les habiletés et les attitudes qui leur permettront de contribuer au développement d'une société saine, démocratique et pluraliste, ainsi que d'une économie prospère et durable;

80

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:

. . .

PART 6 — SCHOOL BOARDS

Division 1 — Corporate Status and Meetings

Board is a corporation

65 (1) The trustees elected or appointed under this Act for each school district and their successors in office constitute a board of school trustees for the district and are a corporation under the name of "The Board of School Trustees of School District No. 1 (Fernie)" (or as the case may be).

(2) A board may

(a) establish committees and specify the functions and duties of those committees,

(b) establish a district advisory council comprised of persons representing parents' advisory councils and other organizations in the community, and

(c) delegate specific and general administrative and management duties to one or more of its employees.

(3) Committees of trustees or individual trustees may not exercise the rights, duties and powers of the board.

(4) Unless expressly required to be exercised by bylaw, all powers of a board may be exercised by bylaw or resolution.

(5) A board may exercise a power with respect to the acquisition or disposal of property owned or administered by the board only by bylaw.

. . .

Division 2 — Powers and Duties

. . .

Conduct

76 (1) All schools and Provincial schools must be conducted on strictly secular and non-sectarian principles.

À CES CAUSES, SA MAJESTÉ, de l'avis et du consentement de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, décrète :

. . .

PARTIE 6 — CONSEILS SCOLAIRES

Section 1 — Personnalité juridique et réunions

Personnalité juridique

65 (1) Les conseillers élus ou nommés en application de la présente loi pour chacun des districts scolaires et leurs successeurs forment le conseil scolaire du district et constituent une personne morale dont la dénomination est « The Board of School Trustees of School District No. 1 (Fernie) » (selon le cas).

(2) Le conseil peut:

a) établir des comités et préciser leurs fonctions et attributions;

b) établir un conseil consultatif de district composé de représentants des conseils consultatifs de parents et d'autres organismes de la collectivité;

c) déléguer à l'un ou à plusieurs de ses employés des fonctions particulières et générales d'administration et de gestion.

(3) Un comité de conseillers ou un conseiller individuel ne peut exercer les droits, les fonctions et les pouvoirs du conseil.

(4) À moins d'être expressément tenu d'agir par voie de règlement, le conseil peut exercer ses pouvoirs en adoptant un règlement ou une résolution.

(5) Le conseil ne peut exercer un pouvoir relativement à l'acquisition d'un bien ou à l'aliénation d'un bien qu'il possède ou qu'il administre que par voie de règlement.

. . .

Section 2 — Pouvoirs et obligations

. . .

Fonctionnement

76 (1) Toutes les écoles et toutes les écoles provinciales fonctionnent selon des principes strictement laïques et non confessionnels.

(2) The highest morality must be inculcated, but no religious dogma or creed is to be taught in a school or Provincial school.

. . .

Power and capacity

85 (1) For the purposes of carrying out its powers, functions and duties under this Act and the regulations, a board has the power and capacity of a natural person of full capacity.

(2) Without limiting subsection (1), a board may, subject to this Act and the regulations, do all or any of the following:

(a) determine local policy for the effective and efficient operation of schools in the school district;

(b) subject to the orders of the minister, approve educational resource materials and other supplies and services for use by students;

. . .

PART 9 — GENERAL

Division 1 — Ministry of Education, Skills and Training

Jurisdiction of minister

168 (1) The minister, subject to this Act and the regulations,

(a) has charge of the maintenance and management of all Provincial schools established under this Act,

. . .

(2) The minister may make orders for the purpose of carrying out any of the minister's powers, duties or functions under this Act and, without restriction, may make orders

(a) governing the provision of educational programs,

. . .

(c) determining the general nature of educational programs for use in schools and francophone schools and specifying educational program guides,

. . .

(2) Les plus hautes valeurs morales y sont inculquées, mais aucun dogme religieux ni aucune croyance religieuse n'y sont enseignés.

. . .

Pouvoirs et attributions

85 (1) Pour l'exercice de ses pouvoirs, fonctions et attributions en application de la présente loi et de ses règlements, le conseil a le pouvoir et la capacité d'une personne physique jouissant de tous ses droits.

(2) Le conseil peut notamment, sous réserve de la présente loi et de ses règlements :

a) arrêter la politique locale pour le fonctionnement efficace et efficient des écoles du district scolaire;

b) sous réserve des arrêtés du ministre, approuver les ressources documentaires éducatives et autres produits et services destinés aux élèves;

. . .

PARTIE 9 — GÉNÉRALITÉS

Section 1 — Ministère de l'Éducation, compétences et formation

Compétences du ministre

168 (1) Sous réserve de la présente loi et de ses règlements:

a) le ministre est chargé de l'entretien et de la gestion des écoles provinciales établies en vertu de la présente loi;

. . .

(2) Le ministre peut, par arrêté, pour l'exercice des pouvoirs, des attributions ou des fonctions que lui confère la présente loi:

a) régir la mise en place des programmes d'éducation;

. . .

c) définir la nature générale des programmes d'éducation des écoles et des écoles francophones et établir des guides de mise en œuvre de ces programmes;

. . .

(e) governing educational resource materials in support of educational programs,

. . .

Ministerial Educational Resource Materials Order, M143/89, as am. by M11/91 and M167/93

1. (1) In addition to the educational program guides referred to in Ministerial Order 165/93, the Educational Program Guide Order, a board may only use the following educational resource materials:

(a) the educational resource materials referred to as authorized or recommended in the most recent "Catalogue of Learning Resources, Primary to Graduation", published from time to time by the Ministry of Education;

(b) other educational resource materials that, subsequent to the publication of the Catalogue referred to in paragraph (a), are designated by the minister as authorized or recommended; and

(c) educational resource materials that the board considers are appropriate for individual students or groups of students.

(2) Where a board uses educational resource materials referred to in subsection 1(c), the board shall establish evaluation and selection criteria and procedures to approve those educational resource materials.

Ministerial Educational Program Guide Order, M165/93, as am. by M293/95, M405/95 and M465/95

3. (1) A board may only use the following educational resource materials:

(a) resource materials in an educational program guide specified in section 1 of this Order;

(b) resource materials in a document referred to in column 1 of Table 1;

(c) the educational resource materials referred to as authorized or recommended in the most recent

e) régir les ressources documentaires éducatives appuyant les programmes d'éducation,

. . .

Ministerial Educational Resource Materials Order, M143/89, mod. par M11/91 et M167/93 (« arrêté ministériel M143/89 »)

[TRADUCTION]

1. (1) Outre les guides de mise en œuvre des programmes d'éducation mentionnés dans l'arrêté ministériel 165/93, l'arrêté sur les guides de mise en œuvre des programmes d'éducation, le conseil ne peut utiliser que les ressources documentaires éducatives suivantes :

a) celles autorisées ou recommandées dans la version la plus récente du « Catalogue of Learning Resources, Primary to Graduation » que publie périodiquement le ministère de l'Éducation;

b) celles que le ministre, après la publication du catalogue mentionné à l'alinéa a), désigne comme étant autorisées ou recommandées;

c) celles qui, selon le conseil, conviennent aux élèves, individuellement ou en groupes.

(2) Lorsqu'il utilise les ressources documentaires éducatives mentionnées à l'alinéa (1)*c*), le conseil établit, pour leur approbation, des critères et procédures d'évaluation et de sélection.

Ministerial Educational Program Guide Order, M165/93, mod. par M293/95, M405/95 et M465/95 (« arrêté ministériel M165/93 »)

[TRADUCTION]

3. (1) Le conseil ne peut utiliser que les ressources documentaires éducatives suivantes :

a) les ressources documentaires figurant dans un des guides de mise en œuvre des programmes d'éducation mentionnés à l'article 1 du présent arrêté;

b) les ressources documentaires figurant dans un document mentionné à la colonne 1 du tableau 1;

c) les ressources documentaires éducatives autorisées ou recommandées dans la version la plus

"Catalogue of Learning Resources", published from time to time by the Ministry of Education;

(d) other educational resource materials that, subsequent to the publication of the Catalogue referred to in paragraph (a), are designated by the minister as authorized or recommended; and

(e) educational resource materials that the board considers are appropriate for individual students or groups of students.

(2) Before a board uses educational resource materials referred to in subsection (1)(e), the board must approve those educational resource materials in accordance with evaluation and selection criteria and procedures established by the board.

School District No. 36 (Surrey) Regulation 8800.1

A. REGULATIONS AND CRITERIA FOR THE SELECTION AND APPROVAL OF RECOMMENDED LEARNING RESOURCES AND LIBRARY RESOURCES

I. Definitions

1. Recommended Learning Resources

For the purposes of this regulation, the term "Recommended Learning Resources" will refer to materials on either the Ministry list or the District Recommended Learning Resources list.

2. Library Resources

For the purposes of this regulation, the term "Library Resources" will refer to print and non-print resources that are curriculum-related, age-appropriate, and/or able to serve a wide range of learning levels and interests.

II. Procedures

1. Responsibility for selecting and using recommended learning resources and library resources with the approved criteria rests with the Superintendent of Schools and the other professional staff employed by the Board.

2. The Superintendent or designate and principals are expected to assume general responsibility

récente du « Catalogue of Learning Resources » que publie périodiquement le ministère de l'Éducation;

d) celles que le ministre, après la publication du catalogue mentionné à l'alinéa a), désigne comme étant autorisées ou recommandées;

e) celles qui, selon le conseil, conviennent aux élèves, individuellement ou en groupes.

(2) Avant de pouvoir utiliser les ressources documentaires éducatives mentionnées à l'alinéa (1)e), le conseil doit les approuver selon les critères et procédures d'évaluation et de sélection qu'il a établis.

***School District No. 36 (Surrey) Regulation 8800.1* (« règlement 8800.1 »)**

[TRADUCTION]

A. RÈGLEMENT ET CRITÈRES DE SÉLECTION ET D'APPROBATION — RESSOURCES D'APPRENTISSAGE RECOMMANDÉES ET RESSOURCES DOCUMENTAIRES

I. Définitions

1. Ressources d'apprentissage recommandées

Dans le présent règlement, « ressources d'apprentissage recommandées » s'entend du matériel didactique figurant soit sur la liste du ministère, soit sur la liste des ressources d'apprentissage recommandées du district.

2. Ressources documentaires

Dans le présent règlement, « ressources documentaires » s'entend du matériel imprimé ou non qui est lié au programme d'études, adapté à la catégorie d'âge des élèves ou susceptible d'être utilisé pour de nombreux niveaux et domaines d'apprentissage.

II. Procédures

1. La responsabilité de la sélection et de l'utilisation, d'après les critères approuvés, des ressources d'apprentissage recommandées et des ressources documentaires incombe au directeur général de l'enseignement et aux autres employés professionnels du conseil.

2. Le directeur général, ou la personne qu'il désigne, et les directeurs d'école ont la

for seeing that the approved criteria are known and appropriately applied.

3. In the case of recommended learning resources or library resources and controversial matters, the Board expects that good professional judgement will be exercised and that there will be consultation with others, including parents and professional colleagues where deemed appropriate.

4. In the case of challenged recommended learning resources or library resources where resolution has not been possible, the matter shall be referred to the Board with all documentation.

III. Criteria

. . .

A. Recommended Learning Resources

1. The recommended learning resource is relevant to the learning outcomes and content of the course or courses.

2. The recommended learning resource is appropriate in terms of the age, maturity, and learning needs of the student for whom it is intended.

3. The recommended learning resource is appropriate for the particular community in which it will be used.

4. The recommended learning resource is fair, objective, free from gratuitous violence, propaganda and discrimination, except where a teaching/learning situation requires illustrative material to develop critical thinking about such issues.

5. The recommended learning resource is readable, interesting, and manageable in the teaching/learning situation.

B. Library Resources

1. The library resource shall support and be consistent with the general educational goals of the province, district, and the aims and objectives of individual schools and specific courses.

2. The library resource shall meet high standards of quality in factual content and presentation.

3. The library resource shall be appropriate for the curriculum and for the age, emotional

responsabilité générale de veiller à ce que les critères approuvés soient connus et bien appliqués.

3. En ce qui concerne les ressources d'apprentissage recommandées ou les ressources documentaires et les sujets controversés, le conseil s'attend à l'exercice du jugement professionnel et à la consultation d'autres intéressés, dont les parents et les collègues professionnels, au besoin.

4. En cas de contestation non réglée des ressources d'apprentissage recommandées ou des ressources documentaires, l'affaire est renvoyée au conseil avec toute la documentation.

III. Critères

. . .

A. Ressources d'apprentissage recommandées

1. Les ressources d'apprentissage recommandées correspondent aux résultats d'apprentissage et au contenu des cours.

2. Elles conviennent à la catégorie d'âge visée, à la maturité et aux besoins d'apprentissage de l'élève auquel elles sont destinées.

3. Elles sont appropriées pour la collectivité dans laquelle elles seront utilisées.

4. Elles sont justes, objectives, exemptes de violence gratuite, de propagande et de discrimination, sauf dans les cas où une situation d'enseignement et d'apprentissage nécessite du matériel explicatif pour développer une pensée critique sur de tels sujets.

5. Elles sont lisibles, intéressantes et faciles à traiter dans la situation d'enseignement et d'apprentissage.

B. Ressources documentaires

1. Les ressources documentaires appuient les objectifs généraux de la province et du district en matière d'éducation, ainsi que les objectifs des écoles individuelles et des cours particuliers et elles sont compatibles avec ces objectifs.

2. Elles satisfont à des normes élevées de qualité quant à leur contenu factuel et à leur présentation.

3. Elles correspondent au programme d'études et conviennent à la catégorie d'âge visée, au

development, ability level, learning style, and social development of the students for whom the materials are selected.

4. The library resource shall have aesthetic, literary, historical, and/or social value.

5. The physical format and appearance of a library resource shall be suitable for its intended use.

6. The library resource may be chosen to motivate students and staff to read for the purpose of recreation.

7. The library resource shall be chosen to help students gain an awareness of our pluralistic society as well as an understanding of the many important contributions made to our civilization.

8. The library resource shall be chosen to motivate students and staff to examine their own attitudes and behaviors, and to comprehend their own duties, responsibilities, rights, and privileges as participating citizens in our society.

9. The library resource is fair, objective, free from gratuitous violence, propaganda and discrimination, except where a teaching/learning situation requires illustrative material to develop critical thinking about such issues.

School District No. 36 (Surrey) Policy 8425

PERSONAL PLANNING (K-7) AND CAREER AND PERSONAL PLANNING (8-12)

The prescribed curriculum for Personal Planning (K-7) and Career and Personal Planning (8-12) is intended to enable all students to acquire the knowledge, skills and attitudes needed to make healthy life and career choices.

The Board recognizes that this prescribed curriculum is broad in scope and addresses goals in human, social and career development which are appropriately shared between the school and the family.

développement affectif, au niveau d'aptitude, au mode d'apprentissage et à l'épanouissement social des élèves auxquels elles sont destinées.

4. Elles ont une valeur esthétique, littéraire, historique ou sociale.

5. Leur présentation matérielle et leur apparence doivent convenir à l'usage projeté.

6. Elles peuvent être sélectionnées dans le but d'inciter les élèves et le personnel à les lire pour se détendre.

7. Elles sont choisies dans le but de sensibiliser les élèves au caractère pluraliste de notre société et de les amener à comprendre les nombreux apports importants à notre civilisation.

8. Elles sont choisies dans le but d'inciter les élèves et le personnel à s'interroger sur leurs propres attitudes et comportements et à prendre conscience de leurs propres obligations, droits et privilèges en tant que citoyens à part entière.

9. Elles sont justes, objectives, exemptes de violence gratuite, de propagande et de discrimination, sauf dans les cas où une situation d'enseignement et d'apprentissage nécessite du matériel explicatif pour développer une pensée critique sur de tels sujets.

***School District No. 36 (Surrey) Policy 8425* (« politique 8425 »)**

[TRADUCTION]

FORMATION PERSONNELLE (DE LA MATERNELLE À LA SEPTIÈME ANNÉE) ET PLANIFICATION PROFESSIONNELLE ET PERSONNELLE (DE LA HUITIÈME À LA DOUZIÈME ANNÉE)

Le programme d'études prescrit pour la formation personnelle (de la maternelle à la 7e année) et la planification professionnelle et personnelle (de la 8e à la 12e année) vise à permettre à tous les élèves d'acquérir les connaissances, les compétences et les attitudes nécessaires pour faire de bons choix sur les plans personnel et professionnel.

Le conseil reconnaît que le programme d'études prescrit a une portée générale et que les objectifs d'épanouissement humain, social et professionnel qu'il poursuit sont comme il se doit répartis entre l'école et la famille.

Because of this broad scope and shared responsibility, the Board views student learning in this area as an ongoing learning process which develops confidence in meeting life's challenges through purposeful and responsible action.

The teaching and learning associated with this curriculum, therefore, must engage parents and students in active partnership with the school in program planning and implementation. Furthermore, the teaching and learning must also reflect positive family values such as honesty, trust, love, empathy and respect. The Board believes that such values represent our community's expectation regarding the education of our students and the development of citizenship.

The Board expects, therefore, that the prescribed curriculum taught in Surrey Schools will be consistent in content and delivery throughout the district and will:

- promote positive family values
- develop student decision-making skills to help students make responsible healthy life and career choices
- advocate abstinence as a preferred healthy life-style choice
- adhere to topics and learning resources that are age and developmentally appropriate
- be supported by a comprehensive teacher inservice program.

Finally, the Board recognizes the importance and sensitivity of this curriculum and calls for leadership at both the district and school level to ensure that the program is congruent with this policy and refrains from unwarranted intrusion into families' privacy through the involvement of:

- parents, students and staff in a school-based process to review instructional resources
- a school-based committee, with representation from the Parent Advisory Council, to review school specific issues especially in sensitive areas
- a district Standing Advisory Committee with representation from parent, school and broader community.

Vu cette portée générale et cette responsabilité partagée, le conseil considère l'apprentissage dans ce domaine comme un processus permanent qui développe la confiance de l'élève dans sa capacité de relever les défis de la vie en agissant de manière déterminée et responsable.

L'enseignement et l'apprentissage liés à ce programme d'études exigent donc que les parents et les élèves travaillent en partenariat actif avec l'école à la planification et à la mise en œuvre du programme. De plus, ils doivent également refléter des valeurs familiales positives, comme l'honnêteté, la confiance, l'amour, l'empathie et le respect. Le conseil estime que de telles valeurs correspondent aux attentes de notre collectivité en ce qui a trait à l'éducation de nos élèves et à la valorisation de la citoyenneté.

Le conseil s'attend donc à ce que le programme d'études prescrit enseigné dans les écoles du district de Surrey soit uniforme tant du point de vue du contenu que de la forme et :

- mette en avant des valeurs familiales positives
- accroisse l'aptitude de l'élève à prendre des décisions afin qu'il puisse faire des choix avisés et responsables sur les plans personnel et professionnel
- préconise l'abstinence comme option de mode de vie sain
- s'en tienne aux sujets et aux ressources d'apprentissage qui conviennent à la catégorie d'âge visée et à l'épanouissement des élèves
- soit appuyé par un programme complet de formation en cours d'emploi destiné aux enseignants.

Enfin, le conseil reconnaît l'importance et la nature délicate de ce programme d'études et il fait appel au leadership des intéressés aux niveaux du district et de l'école afin que le programme respecte la présente politique et ne s'immisce pas indûment dans la vie privée des familles et ce, grâce à la participation :

- des parents, des élèves et du personnel à l'examen, en milieu scolaire, des ressources didactiques
- d'un comité d'école où le conseil consultatif des parents est représenté, pour l'examen de questions précises touchant à l'école, en particulier des questions de nature délicate
- d'un comité consultatif permanent de district où sont représentés les parents, l'école et la collectivité en général.

III. Key Facts

A. *Parties to the Proceedings and Surrey, B.C.*

The Surrey area is a culturally and religiously diverse community. It has large Protestant and Catholic Christian communities, including a large Evangelical Christian community. It also has a Sikh population of over 50,000 persons, the largest Muslim community in British Columbia, and a Hindu community.

The respondent, the Board of Trustees of School District No. 36 (Surrey), is comprised of seven elected school trustees (Mr. Robert Pickering, Mr. Gary Tymoschuk, Mr. Jim Chisholm, Mr. Ken Hoffmann, Ms. Laurae McNally, Ms. Heather Stilwell and Ms. Mary Polak). It is charged under the *School Act* with the administration of the public schools in the Surrey School District.

The appellants, Mr. James Chamberlain and Mr. Murray Warren, are both teachers. Mr. Chamberlain is a Kindergarten teacher in the Surrey District. Mr. Warren is an elementary school teacher in the Coquitlam School District (No. 43). Both belong to the British Columbia Teachers Federation and both are members of an association known as Gay and Lesbian Educators of B.C. ("GALE").

GALE is an unincorporated organization of educators who advocate change in the school system to foster a more positive environment for homosexual and bisexual persons. Since 1991, GALE has developed a list of resources dealing with the issue of homosexuality, which included the three books (the "Three Books") at issue in this case: R. Elwin and M. Paulse, *Asha's Mums* (1990); L. Newman, *Belinda's Bouquet* (1991); and J. Valentine, *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads* (1994).

The appellant Rosamund Elwin is one of the authors of *Asha's Mums*. The appellant Diane Willcott is the mother of two children who attend Latimer Road Elementary School in the Surrey School District. She is a member of the Parent

III. Les faits principaux

A. *Les parties à l'instance et la région de Surrey (Colombie-Britannique)*

81 La région de Surrey a une population diversifiée sur les plans culturel et religieux. Elle compte un grand nombre de chrétiens, protestants et catholiques, y compris une importante communauté chrétienne évangélique. On y retrouve également plus de 50 000 sikhs, le plus grand nombre de musulmans en Colombie-Britannique, et des hindous.

82 L'intimé, le Board of Trustees of School District No. 36 (Surrey), se compose de sept conseillers élus (M. Robert Pickering, M. Gary Tymoschuk, M. Jim Chisholm, M. Ken Hoffmann, M^me^ Laurae McNally, M^me^ Heather Stilwell et M^me^ Mary Polak). La *School Act* lui confie le mandat d'administrer les écoles publiques du district scolaire de Surrey.

83 Les appelants, MM. James Chamberlain et Murray Warren, sont tous deux enseignants. Le premier enseigne à la maternelle dans le district de Surrey, et le second, à l'élémentaire, dans le district scolaire de Coquitlam (n^o^ 43). Ils font partie de la fédération des enseignants de la Colombie-Britannique, ainsi que d'un regroupement appelé Gay and Lesbian Educators of B.C. (« GALE »).

84 Le GALE est un organisme non constitué en personne morale qui regroupe des éducateurs. Il préconise des changements dans le système scolaire afin de créer un environnement plus positif pour les personnes homosexuelles et les personnes bisexuelles. Depuis 1991, le GALE établit une liste de ressources portant sur la question de l'homosexualité, dont les trois manuels en cause (les « trois manuels ») : R. Elwin et M. Paulse, *Asha's Mums* (1990); L. Newman, *Belinda's Bouquet* (1991); J. Valentine, *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads* (1994).

85 L'appelante Rosamund Elwin est coauteure d'*Asha's Mums*. L'appelante Diane Willcott est la mère de deux enfants qui fréquentent l'école élémentaire du chemin Latimer dans le district scolaire de Surrey. Elle fait partie du conseil consultatif des

Advisory Council of that school. The appellant Blaine Cook is a secondary school student in the Surrey School District and Sue Cook is his mother.

B. *Personal Planning K to 7 Curriculum*

86 In September 1995, the Minister of Education implemented a new curriculum for Personal Planning in grades Kindergarten to seven ("the PP curriculum"). The PP curriculum is "grounded in the recognition that emotional and social development are as important to the development of healthy and active educated citizens as academic achievement and the development of intellectual and physical skills" (Province of British Columbia, Ministry of Education, *Personal Planning K to 7: Integrated Resource Package 1995*, at p. 2). The PP curriculum complements the rest of the K-7 curriculum by focussing on students' personal development and on how their schooling and extra-curricular activities relate to their future plans and life after school.

87 The PP curriculum is divided into three interrelated components (at pp. 3-5):

> [The "Planning Process" component is designed to] help students develop personal, career and educational goals and work towards realizing them.
>
> [The "Personal Development" component] is designed to help students acquire the knowledge, attitudes, and skills needed to lead healthy and productive lives.
>
> [The "Career Development" component is designed to help] students integrate personal, educational, work, and community learning experiences to prepare for future career choices.

88 Each of these three components is divided into curriculum "suborganizers." For the "Personal Development" component, the "suborganizers" are: "Healthy living"; "Mental well-being"; "Family life education"; "Child abuse prevention"; "Substance abuse prevention"; and "Safety and injury prevention".

parents de cette école. L'appelant Blaine Cook est un élève d'une école secondaire du district scolaire de Surrey, et Sue Cook est sa mère.

B. *Programme de Formation personnelle (de la maternelle à la 7e année)*

En septembre 1995, le ministre de l'Éducation a mis en œuvre un nouveau programme de Formation personnelle de la maternelle à la septième année (le « programme FP »). Ce programme est [TRADUCTION] « fondé sur la reconnaissance que l'épanouissement affectif et social revêt autant d'importance pour le développement de citoyens instruits sains et actifs que le rendement scolaire et que les habiletés intellectuelles et physiques » (Colombie-Britannique, ministère de l'Éducation, *Personal Planning K to 7 : Integrated Resource Package 1995*, p. 2). Le programme FP complète les autres éléments du programme d'études de la maternelle à la septième année en mettant l'accent sur l'épanouissement personnel des élèves et sur la manière dont leurs activités scolaires et parascolaires sont liées à leurs projets d'avenir et à leur vie après les études.

Le programme FP se divise en trois grandes composantes interreliées (aux p. 3 à 5) :

> [TRADUCTION]
>
> [La composante « Processus de planification » vise à] aider les élèves à établir des objectifs sur les plans personnel, de la carrière et des études et à travailler à la réalisation de ces objectifs.
>
> [La composante « Épanouissement personnel » vise à] aider les élèves à acquérir les connaissances, les attitudes et les compétences nécessaires à une vie saine et productive.
>
> [La composante « Introduction au choix de carrière » vise à] aider les élèves à intégrer leurs acquis personnels, scolaires, professionnels et communautaires en vue de leurs projets de carrière.

Chacune de ces trois composantes se divise en sous-composantes. Les sous-composantes de l'[TRADUCTION] « Épanouissement personnel » sont : « Vie saine », « Bien-être mental », « Éducation à la vie familiale », « Prévention de la violence faite aux enfants », « Prévention de la toxicomanie » et « Sécurité et prévention des blessures ».

In requesting approval for the Three Books, Mr. Chamberlain was seeking materials to assist in teaching the "Family life education" curriculum "suborganizer" of the "Personal Development" component of the PP curriculum. For students in K-7, the "Family life education" curriculum "suborganizer" "emphasizes the family's role in teaching moral and behavioral standards. Students focus on the nature and role of the family and address the basics of human reproductive biology" (p. 4).

89 Lorsqu'il a demandé l'approbation des trois manuels, M. Chamberlain était à la recherche de matériel pour l'enseignement de la sous-composante « Éducation à la vie familiale » de la composante « Épanouissement personnel » du programme FP. Pour les élèves de la maternelle à la septième année, la sous-composante « Éducation à la vie familiale » [TRADUCTION] « met l'accent sur le rôle de la famille dans l'enseignement des normes morales et comportementales. Les élèves étudient la nature et le rôle de la famille ainsi que les rudiments de la biologie de la reproduction humaine » (p. 4).

For each curriculum "suborganizer", the Ministry of Education has identified "prescribed learning outcomes" to be achieved by the students at each grade level. The "prescribed learning outcomes" of the "Family life education" "suborganizer" for K-1 are as follows (at p. 22):

90 Pour chacune des sous-composantes, le ministère de l'Éducation a établi les « résultats d'apprentissage prescrits » pour les élèves de chacun des niveaux d'enseignement. Les « résultats d'apprentissage prescrits » de la sous-composante « Éducation à la vie familiale » pour les élèves de la maternelle à la première année sont les suivants (à la p. 22) :

To develop students' understanding of the role of the family and capacity for responsible decision-making in their personal relationships.

It is expected that students will:

- identify a variety of models for family organization
- identify the roles and responsibilities of different family members
- identify the characteristics that make the family environment safe and nurturing
- identify the physical characteristics that distinguish males from females
- identify that living things reproduce

[TRADUCTION]

Comprendre le rôle de la famille et prendre des décisions responsables en matière de relations personnelles.

On s'attend à ce que l'élève puisse :

- décrire divers types de familles
- distinguer les rôles et les responsabilités des différents membres de la famille
- énumérer les caractéristiques d'un environnement familial sûr et chaleureux
- énumérer les caractéristiques physiques qui distinguent les hommes des femmes
- se montrer conscient du fait que les êtres vivants se reproduisent

In order to help K-1 students achieve these "prescribed learning outcomes", teachers are encouraged to employ the following instructional strategies (amongst others): have children compare different families and discuss similarities and differences; have children draw and write about their own families; and have children talk about each other's families.

91 Pour aider les élèves de maternelle et de première année à atteindre les « résultats d'apprentissage prescrits », les enseignants sont invités à recourir notamment aux stratégies d'enseignement suivantes: demander aux élèves de comparer divers types de familles et de discuter des ressemblances et des différences; demander aux élèves de dessiner leur famille et de la décrire; et inviter les élèves à parler entre eux de leurs familles.

C. *Learning Resource Material Approval in B.C. Public Schools*

92 The publicly funded education system in B.C. is governed by the *School Act*. Section 65 of the *School Act* establishes that each school district is to be run by a board of elected or appointed trustees, constituting a corporation. The *School Act* and related Ministerial Orders clearly give school boards authority to approve "educational resource materials": see s. 85(2)(b) of the *School Act*. More specifically, Ministerial Orders M143/89 and M165/93 restrict a board to using only (1) "educational resource materials" approved by the Minister of Education, or (2) "educational resource materials" that a school board considers are appropriate for individual students or groups of students. Thus, it is clear that beyond the "educational resource materials" recommended by the Ministry, the *School Act* and both Ministerial Orders referred to above permit a school board to play a complementary role and approve additional educational resource materials which the board considers appropriate.

93 In order to engage in reviewing resource materials for approval at the school board level, the Ministerial Orders demand that a board must have established evaluation and selection criteria and procedures. To meet this requirement, the Surrey Board passed Regulation 8800.1, entitled *Recommended Learning Resources and Library Resources*. That regulation established criteria for selecting "learning resources":

1. The recommended learning resource is relevant to the learning outcomes and content of the course or courses.
2. The recommended learning resource is appropriate in terms of the age, maturity, and learning needs of the student for whom it is intended.
3. The recommended learning resource is appropriate for the particular community in which it will be used.
4. The recommended learning resource is fair, objective, free from gratuitous violence, propaganda and discrimination, except where a teaching/learning

C. *Approbation des ressources documentaires d'apprentissage dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique*

La *School Act* régit le système d'enseignement public de la Colombie-Britannique. L'article 65 dispose que chacun des districts scolaires est dirigé par un conseil formé de conseillers élus ou nommés et constitué en personne morale. La *School Act* et les arrêtés ministériels connexes confèrent aux conseils scolaires le pouvoir d'approuver les « ressources documentaires éducatives » : voir l'al. 85(2)b) de la *School Act*. Plus précisément, les arrêtés ministériels M143/89 et M165/93 obligent les conseils scolaires à utiliser seulement (1) les « ressources documentaires éducatives » qui sont approuvées par le ministre de l'Éducation ou (2) celles qui, selon eux, conviennent aux élèves, individuellement ou en groupes. Il est donc clair que la *School Act* et les deux arrêtés ministériels susmentionnés autorisent les conseils scolaires à jouer un rôle complémentaire et à approuver les « ressources documentaires éducatives » complémentaires qu'ils jugent appropriées.

Selon les arrêtés ministériels, les conseils scolaires doivent, avant d'entreprendre l'examen des ressources documentaires soumis à leur approbation, établir des critères et procédures d'évaluation et de sélection. C'est ainsi que le conseil de Surrey a adopté le règlement 8800.1 *Ressources d'apprentissage recommandées et ressources documentaires*. Ce règlement établit les critères de sélection des « ressources d'apprentissage » :

[TRADUCTION]

1. Les ressources d'apprentissage recommandées correspondent aux résultats d'apprentissage et au contenu des cours.
2. Elles conviennent à la catégorie d'âge visée, à la maturité et aux besoins d'apprentissage de l'élève auquel elles sont destinées.
3. Elles sont appropriées pour la collectivité dans laquelle elles seront utilisées.
4. Elles sont justes, objectives, exemptes de violence gratuite, de propagande et de discrimination, sauf dans les cas où une situation d'enseignement et

situation requires illustrative material to develop critical thinking about such issues.

5. The recommended learning resource is readable, interesting, and manageable in the teaching/learning situation. [Emphasis added.]

I note that the selection criteria for "library resources" are different.

When a teacher wants to employ a "learning resource" that is neither on the Ministry Recommended Learning Resources list nor on an existing District Recommended Learning Resources list, the procedure for obtaining approval is also set out in Regulation 8800.1:

1. Responsibility for selecting and using recommended learning resources and library resources with the approved criteria rests with the Superintendent of Schools and the other professional staff employed by the Board.

2. The Superintendent or designate and principals are expected to assume general responsibility for seeing that the approved criteria are known and appropriately applied.

3. In the case of recommended learning resources or library resources and controversial matters, the Board expects that good professional judgement will be exercised and that there will be consultation with others, including parents and professional colleagues where deemed appropriate.

4. In the case of challenged recommended learning resources or library resources where resolution has not been possible, the matter shall be referred to the Board with all documentation.

Specifically with regard to the PP curriculum, the School Board adopted Policy 8425 at the April 10, 1997 meeting. This policy was prepared in 1996 and early 1997 by the Career and Personal Planning Review Advisory Committee, composed of three school teachers, eight representatives of the District Parent Advisory Council, the Surrey Teachers' Association President, a principal from the Surrey Administrators' Association, and District Staff. This policy generally provides some direction to guide instruction and resource selection relating to the PP curriculum. With regard to resource

d'apprentissage nécessite du matériel explicatif pour développer une pensée critique sur de tels sujets.

5. Elles sont lisibles, intéressantes et faciles à traiter dans la situation d'enseignement et d'apprentissage. [Je souligne.]

Je remarque que les critères de sélection des « ressources documentaires » sont différents.

94 Lorsqu'un enseignant souhaite utiliser une « ressource d'apprentissage » qui ne figure ni sur la liste des ressources d'apprentissage recommandées du ministère ni sur celle du district, la procédure d'obtention de l'approbation est également prévue dans le règlement 8800.1 :

[TRADUCTION]

1. La responsabilité de la sélection et de l'utilisation, d'après les critères approuvés, des ressources d'apprentissage recommandées et des ressources documentaires incombe au directeur général de l'enseignement et aux autres employés professionnels du conseil.

2. Le directeur général, ou la personne qu'il désigne, et les directeurs d'école ont la responsabilité générale de veiller à ce que les critères approuvés soient connus et bien appliqués.

3. En ce qui concerne les ressources d'apprentissage recommandées ou les ressources documentaires et les sujets controversés, le conseil s'attend à l'exercice du jugement professionnel et à la consultation d'autres intéressés, dont les parents et les collègues professionnels, au besoin.

4. En cas de contestation non réglée des ressources d'apprentissage recommandées ou des ressources documentaires, l'affaire est renvoyée au conseil avec toute la documentation.

95 En ce qui concerne le programme FP, le conseil scolaire a adopté la politique 8425 à sa réunion du 10 avril 1997. Elle a été rédigée en 1996 et au début de 1997 par le comité consultatif d'examen du programme de planification professionnelle et personnelle, composé de trois enseignants, de huit représentants du conseil consultatif des parents du district, du président de l'association des enseignants de Surrey, d'un directeur d'école de l'association des administrateurs de Surrey, et de membres du personnel du district. Elle établit, de manière générale, des paramètres pour l'enseignement et

selection, the policy states that the prescribed curriculum will "adhere to topics and learning resources that are age and developmentally appropriate" and states that to ensure compliance with the policy, the School Board is committed to the involvement of "parents, students and staff in a school-based process to review instructional resources".

la sélection des ressources se rapportant au programme FP. En ce qui concerne la sélection des ressources, elle précise que le programme prescrit [TRADUCTION] « s'en tien[t] aux sujets et aux ressources d'apprentissage qui conviennent à la catégorie d'âge visée et à l'épanouissement des élèves » et que, pour garantir le respect de la politique, le conseil scolaire doit s'employer à faire participer [TRADUCTION] « [l]es parents, [l]es élèves et [l]e personnel à l'examen, en milieu scolaire, des ressources didactiques ».

D. *Mr. Chamberlain's Request for Approval of the Three Books*

D. *Demande d'approbation des trois manuels présentée par M. Chamberlain*

96 In December 1996 and January 1997, Mr. Chamberlain submitted the Three Books, drawn from the GALE list, to the office of the Superintendent of Schools of the respondent School Board for approval as "educational resource material" at the K-1 level for the Surrey School District. Gaining this status would mean that the books would be generally approved for use in all K-1 classrooms in that School District. Their actual use, like all other "educational resource materials", whether provincially or locally approved, would remain subject to the discretion of individual teachers.

En décembre 1996 et en janvier 1997, M. Chamberlain a soumis les trois manuels, tirés de la liste établie par le GALE, à l'approbation du directeur général de l'enseignement du conseil scolaire intimé, à titre de « ressources documentaires éducatives » pour les élèves de maternelle et de première année dans le district scolaire de Surrey. L'obtention de l'approbation signifie que les manuels seraient en général approuvés pour servir dans toutes les classes de maternelle et de première année du district scolaire. Dans les faits, leur utilisation, comme celle de toute autre « ressource documentaire éducative », qu'elle ait été approuvée au niveau provincial ou du district, demeure à la discrétion de chacun des enseignants.

97 The Office of the Superintendent of Schools passed Mr. Chamberlain's request to the Education Services Committee ("ESC"). The ESC considered the Three Books at a meeting which was attended by the Superintendent of Schools, four Assistant Superintendents and four District Principals. The members of the ESC are clearly highly qualified in light of their academic backgrounds, their experience and their positions. At that meeting, "[t]here was discussion and debate as to whether the Three Books were age appropriate for Kindergarten and Grade One and whether these particular resources were necessary to achieve the learning objectives of the PP K-7 curriculum". The ESC ultimately decided, given the sensitive and contentious nature of the Three Books, and the likely concern of parents in Surrey if such books were approved,

Le bureau du directeur général de l'enseignement a transmis la demande de M. Chamberlain au comité des services éducatifs (« CSE »). Le CSE a examiné les trois manuels à une réunion à laquelle assistaient le directeur général de l'enseignement, quatre directeurs généraux adjoints et quatre directeurs d'école du district. Compte tenu de leur formation universitaire, de leur expérience et de leurs fonctions, les membres du CSE sont de toute évidence hautement qualifiés. À cette réunion, [TRADUCTION] « [l]es échanges ont porté sur la question de savoir si les trois manuels convenaient à la catégorie d'âge des élèves de maternelle et de première année et si ces ressources en particulier étaient nécessaires à la réalisation des objectifs d'apprentissage du programme FP (maternelle-7^{e} année) ». Finalement, étant donné leur nature délicate et controversée, ainsi

to refer Mr. Chamberlain's request to the School Board.

In so referring the request to the School Board, the Superintendent of Schools, Frederick I. Renihan, in an administrative memorandum given to the trustees of the School Board, decided not to "recommend" the Three Books for approval but simply requested that the Board "consider" the Three Books.

At the April 24, 1997 meeting of the School Board, Mr. Chamberlain's request to have the Three Books approved was considered. The meeting was attended by all the trustees except Chairman Robert Pickering. At this meeting, the Board heard representations from GALE, the B.C. Civil Liberties Associations and a parent from Latimer Road Elementary School, all in favour of approving the books.

Following a heated debate at that meeting, the Surrey School Board passed a resolution, by a vote of 4 to 2, not to approve the Three Books for use as "learning resources" for the PP curriculum for K-1 (the "Resolution"). Trustees Stilwell, Hoffmann, Tymoschuk and Polak voted in favour of the Resolution while Trustees Chisholm and McNally voted against. The Resolution reads as follows:

THAT the Board, under Policy #8800 — *Recommended Learning Resources and Library Resources*, not approve the use of the following three (3) learning resources:

Grade Level K-1 Personal Planning

Elwin, R., & Paulse, M. (1990). *Asha's Mums.*
Newman, L. (1991). *Belinda's Bouquet.*
Valentine, J. (1994). *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads.*

As stated above, this Resolution did not concern "library resources" and neither did it have any relevance to grades other than K-1.

que la réaction probable de parents du district advenant leur approbation, le CSE a décidé de renvoyer la demande de M. Chamberlain au conseil scolaire.

98 En s'en remettant ainsi au conseil scolaire, le directeur général de l'enseignement, Frederick I. Renihan, dans une note administrative envoyée aux membres du conseil scolaire, a décidé de ne pas « recommander » les trois manuels pour l'approbation et a simplement demandé au conseil de les « examiner ».

99 À la réunion du 24 avril 1997 du conseil scolaire, la demande de M. Chamberlain a fait l'objet d'un examen. Tous les conseillers étaient présents, sauf le président, Robert Pickering. Le conseil a entendu les observations du GALE, d'associations de défense des libertés civiles de la Colombie-Britannique et d'un parent de l'école élémentaire du chemin Latimer, toutes favorables à l'approbation des manuels.

100 Après un débat houleux, par résolution adoptée par quatre voix contre deux, le conseil scolaire de Surrey a décidé de ne pas approuver les trois manuels à titre de « ressources d'apprentissage » pour le programme FP destiné aux élèves de maternelle et de première année (la « résolution »). Les conseillers Stilwell, Hoffmann, Tymoschuk et Polak ont voté en faveur de la résolution, et les conseillers Chisholm et McNally, contre son adoption. Voici le libellé de la résolution :

[TRADUCTION] QUE le Conseil, en vertu de la politique nº 8800 — *Ressources d'apprentissage recommandées et ressources documentaires*, n'approuve pas l'utilisation des trois (3) ressources d'apprentissage suivantes :

Formation personnelle — Maternelle et première année

Elwin, R., & Paulse, M. (1990). *Asha's Mums.*
Newman, L. (1991). *Belinda's Bouquet.*
Valentine, J. (1994). *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads.*

Je le répète, cette résolution ne visait pas les « ressources documentaires » et ne s'appliquait pas à d'autres années d'études que la maternelle et la première année.

E. *Commitment to Non-Discrimination in the Surrey School District*

101 With regard the Surrey School District's commitment to non-discrimination, the Court of Appeal noted the following, at paras. 38-39 of its reasons ((2000), 191 D.L.R. (4th) 128):

> The Surrey Superintendent of Schools, with the concurrence of the Board, sent a directive to the Surrey schools on 9 May 1997 under the heading "Tolerance For Sexual Orientation". The directive stated in part:
>
> > There has been extensive media coverage regarding recent Board motions on learning resources and sexual orientation. Let there be no confusion with regard to the District's expectation in terms of how we treat the matter of sexual orientation. The District will not accept any action of intolerance or discriminatory treatment of students, staff, or parents on the basis of their sexual orientation. Administrative officers must be vigilant in their responsibility and must confront instances of intolerance to ensure that they cease and that appropriate action results.
> >
> > Board Regulation 10900.1, Multicultural, Anti-Racist and Human Rights, states, in part:
> >
> > > ". . . any form of discrimination that results in disparagement towards others based on identifiable group features is unacceptable."
> >
> > Our Board is committed to providing a working and learning environment that is safe, supportive, and free of discrimination based on a person's sexual orientation. *The promotion of intolerance is unacceptable.* (Emphasis in original.)
>
> This directive was a clear, emphatic, and unambiguous statement of District policy.
>
> It cannot be ignored, as the Supreme Court stressed in *Vriend*, that discrimination against gays and lesbians can range from insults and ostracism to vicious and violent acts. Schools are not immune and all those involved in teaching and administration must be vigilant in prevention of all forms of discrimination and abuse. However, I do not think that there is any reason not to take this directive at its word or to conclude that the Board did not stand behind its admonition.
>
> I also note that Surrey School Board Policy 10900, has been in effect since November of 1982. The version of the policy revised in April of 1996 states:

E. *Engagement de non-discrimination dans le district scolaire de Surrey*

En ce qui concerne l'engagement de non-discrimination du district scolaire de Surrey, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait remarquer aux par. 38-39 de ses motifs ((2000), 191 D.L.R. (4th) 128) :

> [TRADUCTION] Le 9 mai 1997, le directeur général de l'enseignement, avec l'accord du conseil, a envoyé aux écoles de Surrey une directive intitulée la « Tolérance à l'égard de l'orientation sexuelle ». En voici un extrait :
>
> > Les médias ont fait grand cas des décisions récentes du conseil au sujet des ressources d'apprentissage et de l'orientation sexuelle. Il importe de dissiper toute confusion en ce qui concerne la position du district sur la question de l'orientation sexuelle. Aucun acte d'intolérance ni aucun traitement discriminatoire fondés sur l'orientation sexuelle ne seront tolérés à l'égard des élèves, des employés ou des parents. Les cadres doivent faire preuve de vigilance dans l'exercice de leurs fonctions et ils doivent réagir aux manifestations d'intolérance en veillant à ce qu'elles cessent et à ce que des mesures appropriées soient prises.
> >
> > Voici un extrait du règlement 10900.1 du conseil, Multicultural, Anti-Racist and Human Rights :
> >
> > > « . . . toute forme de discrimination donnant lieu au dénigrement d'autrui fondé sur les caractéristiques d'un groupe identifiable est inacceptable ».
> >
> > Le conseil s'engage à offrir un milieu de travail et d'apprentissage sûr, solidaire et sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. *La promotion de l'intolérance est inadmissible.* (En italique dans l'original.)
>
> Il s'agit d'un énoncé clair, catégorique et non équivoque de la politique du district.
>
> La Cour suprême du Canada l'a signalé dans *Vriend*, la discrimination contre les gais et les lesbiennes peut aller de l'insulte et de l'ostracisme aux actes de brutalité et de violence. Les écoles ne sont pas à l'abri. Enseignants et administrateurs doivent être vigilants et prévenir toute forme de discrimination et de traitement préjudiciable. Cependant, je ne vois aucun motif de considérer que cette directive ne représente pas vraiment la position du conseil ou de conclure que l'exhortation n'est pas sincère.
>
> La politique 10900 du conseil scolaire de Surrey est en vigueur depuis novembre 1982. Révisée en avril 1996, elle est désormais ainsi libellée :

It is an expectation that all school district programs and operations will promote the preparation of learners to participate in a just and equitable manner in society.

The Board is committed:

- to create in the Surrey School District an environment free of racial and cultural discrimination;
- to hire on the basis of merit and not to discriminate against persons;
- to prepare students for life in a multicultural society;
- to eliminate racism and discrimination;
- to reduce language and cultural barriers to best placement of students;
- to communicate effectively with parents and the community; and
- to monitor efforts to comply with policy.

I agree with the Court of Appeal below that there is no reason to doubt the School Board's commitment to these policies. The affidavit of Mr. Brian H. Bastien, the Associate Superintendent of Human Resources for the Board at the relevant times, outlines the policies and measures adopted by the district to combat intolerance, harassment and discrimination on the basis of sexual orientation.

IV. The Paramount Role of Parents in the Education of Children, the Best Interests of Children and the *Charter*

A. *Parental Responsibilities and the Best Interests of Children*

While this case specifically concerns the non-approval of particular books by an elected school board, it more generally raises contextual issues concerning the right of parents to raise their children in accordance with their conscience, religious or otherwise. In my view, the general nature of the interplay of the roles of parents and the state is clear: "The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being": *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para.

[TRADUCTION] Tous les programmes et toutes les activités du district scolaire doivent favoriser la préparation des élèves à une participation juste et équitable dans la société.

Le conseil est résolu à :

- établir dans le district scolaire de Surrey un milieu sans discrimination raciale et culturelle;
- recruter en fonction des compétences et à n'exercer aucune discrimination contre quiconque;
- préparer les élèves à la vie dans une société multiculturelle;
- éliminer le racisme et la discrimination;
- abaisser les barrières linguistiques et culturelles au placement optimal des élèves;
- communiquer efficacement avec les parents et la collectivité;
- surveiller les efforts de se conformer à la politique.

Je conviens avec la Cour d'appel qu'il n'y a aucune raison de douter de la bonne foi du conseil scolaire quant à l'application de ces principes. L'affidavit du directeur général adjoint des ressources humaines du conseil pendant la période considérée, M. Brian H. Bastien, fait état des politiques et des mesures adoptées par le district scolaire pour lutter contre l'intolérance, le harcèlement et la discrimination fondés sur l'orientation sexuelle.

IV. Le rôle prépondérant des parents dans l'éducation des enfants, l'intérêt des enfants et la *Charte*

A. *Responsabilités parentales et intérêt de l'enfant*

Bien que la présente espèce porte sur le refus d'un conseil scolaire élu d'approuver certains manuels, elle soulève, de manière plus générale, des questions contextuelles touchant au droit des parents d'élever leurs enfants selon leurs croyances personnelles, religieuses ou autres. À mon sens, la nature générale de l'interaction entre le rôle des parents et celui de l'État est clair : « La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être » : *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan* 102

83. Thus, parents are clearly the primary actors, while the state plays a secondary, complementary role.

103 It is essential to note, however, that when parents exercise this primary responsibility, they must act in accordance with the "best interests" of their children: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141. Parents, exercising choice in how to raise their children, acting on the basis of their conscience, religious or otherwise, however, will be presumed to be acting in the "best interests" of their children. Generally, it is only when parental conduct falls below a "socially acceptable threshold" that the state may properly intervene: *B. (R.)*, at para. 86. Thus, the role of the state is properly construed as generally providing assistance to parents to nurture and educate their children, a good example being public schools, and in extreme cases intervening to take over the parental function where the parents have failed to act in their children's "best interests".

104 Parental decision making about what is in their children's "best interests" concerns the core of the private sphere. In *B. (R.)*, at paras. 104-5, La Forest J., for a majority of the Court, clearly situated the right of parents to rear their children according to their conscience, religious or otherwise, as a fundamental aspect of freedom of conscience and religion, protected by s. 2(*a*) of the *Charter*:

> Like the other provisions of the *Charter*, s. 2(*a*) must be given a liberal interpretation with a view to satisfying its purpose: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. stated, at p. 336:
>
> > The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.
>
> In *R. v. Jones*, *supra*, I observed that freedom of religion encompassed the right of parents to educate their

Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 83. Les parents sont manifestement les premiers responsables, alors que l'État joue un rôle secondaire, complémentaire.

Il est cependant essentiel de signaler que, lorsqu'ils s'acquittent de cette responsabilité première, les parents doivent agir dans l'« intérêt » de leurs enfants : *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. Toutefois, les parents qui, selon leurs croyances personnelles, religieuses ou autres, font des choix concernant l'éducation de leurs enfants sont présumés agir dans l'« intérêt » de ceux-ci. En règle générale, l'État ne peut intervenir à bon droit que dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas une « norme minimale socialement acceptable » : *B. (R.)*, par. 86. On doit donc comprendre le rôle de l'État comme étant généralement d'apporter un soutien aux parents pour prendre soin de leurs enfants et les éduquer, les écoles publiques en sont un bon exemple, et, dans les cas extrêmes, d'exercer la fonction parentale à la place des parents qui n'agissent pas dans l'« intérêt » de leurs enfants.

La décision parentale pour ce qui est dans l'« intérêt » de l'enfant relève du plus intime de la vie privée. Dans *B. (R.)*, par. 104-105, le juge La Forest, au nom de la majorité de la Cour, dit clairement que le droit des parents d'élever leurs enfants selon leurs croyances personnelles, religieuses ou autres est un aspect fondamental de la liberté de conscience et de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte* :

> À l'instar des autres dispositions de la *Charte*, l'al. 2*a*) doit être interprété libéralement de façon à atteindre son objectif : voir l'arrêt *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 336 :
>
> > Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.
>
> Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai fait remarquer que la liberté de religion comprenait le droit des parents

children according to their religious beliefs. In *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, a case involving a custody dispute in which one of the parents was a Jehovah's Witness, L'Heureux-Dubé J. stated that custody rights included the right to decide the child's religious education. It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion. [Emphasis added.]

In that same case, dissenting on other grounds, Iacobucci and Major JJ., at para. 223, claimed with regard to s. 2(*a*) of the *Charter*:

That constitutional freedom includes the right to educate and rear their child in the tenets of their faith. In effect, until the child reaches an age where she can make an independent decision regarding her own religious beliefs, her parents may decide on her religion for her and raise her in accordance with that religion. [Emphasis added.]

Beyond clearly rooting the protection of a privileged parental sphere of authority in s. 2(*a*) of the *Charter*, La Forest J., at paras. 83 and 85 of *B. (R.)*, *supra*, with McLachlin J. (as she then was), L'Heureux-Dubé J., and I concurring, stated the following with regard to s. 7 of the *Charter*:

As observed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter* was not enacted in a vacuum or absent a historical context. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. In *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, our Court stated (at p. 607): "The view of the child's welfare conceives it to lie, first, within the warmth and security of the home provided by his parents". This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. The Court did add, however, that "when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties" (pp. 607-8). Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes dealing with child protection matters . . ., while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity

d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, une affaire où l'un des parents qui demandaient la garde était témoin de Jéhovah, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion. [Je souligne.]

105 Dans la même affaire, les juges Iacobucci et Major, dissidents pour d'autres motifs, affirment, au par. 223, relativement à l'al. 2*a*) de la *Charte* :

Cette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. En fait, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge où elle sera en mesure de prendre elle-même une décision sur ses propres croyances religieuses, ses parents peuvent décider de sa religion et l'élever en conformité avec celle-ci. [Je souligne.]

106 En plus de fonder clairement la protection d'un domaine privilégié de l'autorité parentale sur l'al. 2*a*) de la *Charte*, le juge La Forest, aux par. 83 et 85 de *B. (R.)*, précité, avec l'accord des juges McLachlin (maintenant Juge en chef) et L'Heureux-Dubé ainsi qu'avec le mien, dit au sujet de l'art. 7 de la *Charte* :

Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte* n'a pas été adoptée sur une table rase ou en l'absence d'un contexte historique. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, notre Cour affirme (à la p. 607) : [TRADUCTION] « Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents. » Cette reconnaissance était fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. La Cour ajoute toutefois que [TRADUCTION] « si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations » (pp. 607 et 608). Bien que la philosophie qui sous-tend l'intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants [. . .] tout en

was demonstrated. This only serves to confirm that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

. . .

While acknowledging that parents bear responsibilities towards their children, it seems to me that they must enjoy correlative rights to exercise them. The contrary view would not recognize the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. As already stated, the common law has always, in the absence of demonstrated neglect or unsuitability, presumed that parents should make all significant choices affecting their children, and has afforded them a general liberty to do as they choose. This liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children. (Fortunately, we have distanced ourselves from the ancient juridical conception of children as chattels of their parents.) The state is now actively involved in a number of areas traditionally conceived of as properly belonging to the private sphere. Nonetheless, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*. [Emphasis added.]

107 I also generally agree with the following statement made by Wilson J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 319-20, in the context of her argument that s. 7 of the *Charter* does include the right

mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

. . .

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. (Heureusement, nous nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*. [Je souligne.]

De manière générale, je souscris également aux propos suivants du juge Wilson dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 319-320, dans le cadre de son argumentation voulant que l'art. 7 de la *Charte*

to bring up and educate one's children in line with one's conscientious belief:

> 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 Freedoms*, 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.

I was then, and I am still of the view that the above overview is a correct statement of the law: parents clearly have the right, whether protected by s. 7 or s. 2(*a*) of the *Charter*, to nurture, educate and make decisions for their children, as long as these decisions are in the children's "best interests". Parents will be presumed to be acting in their children's "best interests" unless the contrary is shown. That having been said, it is clear that, whether rooted in s. 2(*a*) or s. 7 of the *Charter*, the paramount parental right to nurture, make decisions for and direct the moral education of their children, like all rights protected by the *Charter*, is obviously not absolute: see *B. (R.)*, at paras. 87, 107 and 224; see also *Jones*, at pp. 320 and 322.

The general approach taken by this Court is consistent with Article 18(4) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force March 23, 1976), which reads as follows:

> The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents . . . to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

The Canadian approach is also loosely analogous to the situation in the United States, where the notions of parental rights and the integrity of the

englobe le droit d'élever et d'éduquer ses enfants selon sa conscience et 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 sauvegarde 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.

108 J'étais alors d'avis et j'estime toujours qu'il s'agit d'un juste énoncé du droit : les parents ont nettement le droit, qu'il soit garanti par l'art. 7 ou l'al. 2*a*) de la *Charte*, d'élever leurs enfants, de les éduquer et de prendre des décisions à leur sujet, à condition que ces décisions soient prises dans l'« intérêt » des enfants. Les parents sont présumés agir dans l'« intérêt » de leurs enfants, sauf preuve du contraire. Cela dit, il est clair que, comme tous les droits garantis par la *Charte*, le droit prépondérant des parents d'élever leurs enfants, de prendre des décisions à leur sujet et d'orienter leur éducation morale, qu'il soit fondé sur l'al. 2*a*) ou l'art. 7 de la *Charte*, n'est pas absolu : voir *B. (R.)*, par. 87, 107 et 224; voir aussi *Jones*, p. 320 et 322.

109 La démarche générale de la Cour est compatible avec le paragraphe 18(4) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976), dont voici le libellé :

> Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents [. . .] de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

110 Par ailleurs, la situation au Canada s'apparente plus ou moins à celle qui existe aux États-Unis, où les droits parentaux et l'intégrité de l'unité

family unit have been granted constitutional status as a result of judicial interpretation of the First and Fourteenth Constitutional Amendments: see *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), amongst numerous others. In *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), at p. 166, Rutledge J., speaking for the court, stated: "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can neither supply nor hinder."

111 Other cases of this Court have reiterated the paramount parental role by construing the nature of the authority schools and teachers have over children as a "delegated authority": see *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at para. 41. In that case, La Forest J., for a majority of the Court, cited with approval a passage from Cosgrove J. in *R. v. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL) (Gen. Div.): "In our society the role of the teacher is second in importance only to the parent." I note that Saunders J. below referred to these passages at paras. 72-73 of her reasons ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222). In *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 196, McLachlin J., in dissent on a different point, reiterated the paramountcy of the parental role by confirming the right of parents to remove their children from the public school system and place them in an environment which is more suited to the belief system which the parents want to impart, whether that be at home or in a parochial school.

112 The notion of a school's authority being "delegated", if it permits the parental control response of removing a child from the public school system, also entails that parents must be guaranteed the role of having input with regard to the values which their children will receive in school. This is generally brought about by electing representatives who will develop consensus and govern on matters pertaining to public education, which may occur at the provincial level and at the local level. As noted above, when consensus is developed at the provincial level

familiale ont été constitutionnalisés par suite de l'interprétation judiciaire des Premier et Quatorzième Amendements : voir *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), et de nombreuses autres décisions. Dans *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), p. 166, au nom de la cour, le juge Rutledge dit : [TRADUCTION] « Il est essentiel pour nous que la garde, les soins et l'éducation de l'enfant appartiennent d'abord aux parents, qui ont notamment pour tâche et liberté principales de préparer l'enfant à assumer des obligations, préparation que l'État ne peut ni fournir ni empêcher. »

D'autres arrêts de la Cour ont confirmé le rôle prépondérant des parents en assimilant l'autorité de l'école et de l'enseignant sur l'enfant à une « autorité déléguée » : voir *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 41. Dans cette affaire, au nom de la majorité de la Cour, le juge La Forest cite en l'approuvant un extrait des motifs du juge Cosgrove dans *R. c. Forde*, [1992] O.J. No. 1698 (QL) (Div. gén.) : [TRADUCTION] « Dans notre société, le rôle de l'enseignant vient tout de suite après celui des parents. » Je remarque que, en première instance, le juge Saunders cite ces décisions aux par. 72-73 de ses motifs ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222). Dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 196, le juge McLachlin, dissidente sur un autre point, rappelle le rôle prépondérant des parents en confirmant leur droit de retirer leurs enfants du système d'enseignement public pour les mettre dans un milieu qui convient davantage aux valeurs qu'ils veulent leur inculquer, que ce soit à la maison ou dans une école confessionnelle.

Le concept que l'autorité de l'école est « déléguée » fait que, s'il leur est permis d'exercer un contrôle en retirant leur enfant du système d'enseignement public, les parents doivent aussi avoir leur mot à dire en ce qui concerne les valeurs transmises à l'école. Cela se concrétise généralement par l'élection de représentants appelés à établir un consensus et à régler les questions se rapportant à l'instruction publique, que ce soit au niveau provincial ou local. Comme je l'ai mentionné, lorsqu'un consensus est établi au niveau provincial et se traduit

and becomes reflected in a provincial curriculum and a provincial list of approved resources, any teacher in any school in the province may employ those resources in teaching the curriculum. The future development of the general nature of the provincially developed curriculum may, of course, be modified by results at the provincial ballot box or by changes in politically developed consensus.

At the subsidiary local school board level, parents participate directly by electing local school board trustees. As noted above, these local school boards are empowered by the *School Act* to approve or not approve complementary "educational resource materials". It is also clear that a school board does not have an unfettered discretion when it engages in such approving or non-approving: it must act in a manner consistent with the *School Act*, as well as consistent with the evaluation and selection criteria and procedures which the Ministerial Orders discussed above demand be adopted. Further, as well elaborated in the reasons of the Chief Justice, a local school board must, when approving or not approving materials, act in a manner consistent with the demands of the provincial curriculum. If a local school board does approve materials, then in addition to the provincially approved resources, teachers in that district may employ these complementary materials as well. Similar to the situation at the provincial level, the future development of these complementary educational resource materials lists at the local level is also subject to the results of the ballot box, being the results of local school trustee elections.

Another practical reflection of parental involvement at the local level is that many schools have parental organizations geared at facilitating parental involvement, such as the Parent Advisory Council at Latimer Road Elementary School, one of the schools at which Mr. Chamberlain taught Kindergarten, and of which appellant Diane Willcott was a member at the time of trial. A further example of parental involvement is that eight representatives of the District Parent Advisory Council formed a majority on the Career and Personal Planning Review Advisory Committee which approved Policy 8425,

par un programme d'études et par une liste de ressources approuvées, tout enseignant d'une école de la province peut utiliser ces ressources dans le cadre du programme d'études. L'évolution ultérieure de la nature générale du programme d'études établi au niveau provincial peut évidemment être infléchie par les résultats du scrutin provincial ou par des changements dans le consensus politique établi entre les différents intéressés.

113 Du niveau subsidiaire de la commission scolaire locale, les parents participent directement en élisant les membres du conseil scolaire. Rappelons que ce dernier peut, en vertu de la *School Act*, approuver ou non des « ressources documentaires éducatives » complémentaires. Il est également clair que le pouvoir discrétionnaire d'approbation du conseil scolaire n'est pas absolu : il doit agir d'une manière compatible avec la *School Act* et respecter les critères et procédures d'évaluation et de sélection, dont les arrêtés ministériels mentionnés précédemment exigent l'adoption. Aussi, comme le Juge en chef l'expose en détail dans ses motifs, un conseil scolaire doit, lorsque du matériel didactique est soumis à son approbation, agir conformément aux exigences du programme d'études provincial. Si le matériel est approuvé, les enseignants du district pourront l'utiliser à titre complémentaire en plus des ressources approuvées au niveau provincial. Tout comme ce qui se passe à l'échelon provincial, l'évolution ultérieure de ces listes de ressources documentaires éducatives complémentaires établies au niveau local dépend également du résultat du scrutin, c'est-à-dire celui des élections des conseillers scolaires.

114 La participation des parents au niveau local se traduit également, en pratique, par l'existence, dans de nombreuses écoles, d'organismes parentaux visant à faciliter la participation des parents, comme le conseil consultatif des parents de l'école élémentaire du chemin Latimer, l'une des écoles où M. Chamberlain enseignait à la maternelle. Au moment de l'instruction, l'appelante Diane Willcott faisait partie de ce comité. Un autre exemple de la participation des parents est le fait que huit représentants du conseil consultatif des parents du district constituaient la majorité au sein du comité

the Surrey School Board policy directed at providing some guidance for the selection of materials for the PP curriculum. Parents may also make submissions before school boards, as did one parent, in favour of approving the Three Books Resolution, at the April 24, 1997 Surrey School Board meeting.

115 With regard to the role of "values" in school, I note that this Court clearly established in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 42, that:

> A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. As the Board of Inquiry stated, a school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it.

In my saying that parents do and ought to have input at the local level with regard to the values which their children receive in school, I want to make it clear that this does not amount to, as alleged in submissions before this Court, that a particular parent or group of parents has a "veto" over the local delivery of the provincial curriculum. This is not the case since the curriculum and the core "educational resource materials" related to it are developed at the provincial level. Further, any local school board decision must be consistent with the demands of the provincial curriculum, and must certainly not directly contradict the provincial curriculum. What local parent involvement does mean, however, in the case at bar, is that in the absence of a clear provincial indication in the curriculum that a particular subject matter be taught, parents at the local level may exercise, through electing their school trustees, some control over complementary materials related to the delivery of the curriculum. Engaging this local evaluation is aimed, to borrow the language

consultatif d'examen du programme de planification professionnelle et personnelle qui a approuvé la politique 8425 du conseil scolaire de Surrey établissant des paramètres pour la sélection de matériel didactique pour le programme FP. Les parents peuvent également présenter des observations au conseil scolaire, comme un parent l'a fait, en faveur de l'approbation de la résolution relative aux trois manuels à la réunion du 24 avril 1997 du conseil scolaire de Surrey.

En ce qui a trait au rôle des « valeurs » à l'école, je constate que la Cour a clairement établi ce qui suit dans *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 42 :

> Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. Comme l'a dit la commission d'enquête, le conseil scolaire a l'obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert.

Même si j'estime que les parents ont et doivent avoir leur mot à dire au niveau local en ce qui concerne les valeurs que l'école transmet à leurs enfants, il ne s'ensuit pas, comme on l'a soutenu devant la Cour, qu'un parent ou un groupe de parents peut opposer son « veto » à l'application locale du programme d'études provincial. La raison en est que le programme d'études et la liste des « ressources documentaires éducatives » principales y afférentes sont établis au niveau provincial. De plus, les décisions du conseil scolaire doivent respecter les exigences du programme d'études provincial et elles ne doivent certainement pas aller à l'encontre de celui-ci. Toutefois, la participation parentale signifie en l'espèce que, en l'absence dans le programme provincial d'une indication claire qu'une matière donnée sera enseignée, les parents peuvent, en élisant leurs conseillers scolaires, exercer un certain pouvoir sur le matériel didactique complémentaire lié à la mise en œuvre du programme. Pour reprendre la formulation employée dans *Ross*, cette évaluation entreprise

of *Ross* cited just above, exactly at the objective of "maintain[ing] a positive school environment for all persons served by it" and is "premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate". It is also consistent with the preamble of the *School Act*, which identifies a purpose of the province's school system as developing students with a skill set required in a "democratic and pluralistic society".

au niveau local vise exactement la réalisation de l'objectif de « maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu'il sert » et fait en sorte que l'école « repos[e] sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer ». Elle est également compatible avec le préambule de la *School Act* selon lequel l'un des objectifs du système scolaire de la province est l'acquisition, par les élèves, des habiletés nécessaires dans une « société [. . .] démocratique et pluraliste ».

The recognition that primary responsibility for the education of children resides in parents is, interestingly, also manifest in the PP curriculum itself. The PP curriculum, when discussing the "Family life education" "sub-organizer" claims: "this aspect of Personal Development emphasizes the family's role in teaching moral and behavioral standards" (p. 4). The PP curriculum also states that "[t]he family is the primary educator in the development of children's attitudes and values" (p. 6). Building upon these points, the Surrey School Board's Policy 8425 claims: "this prescribed curriculum is broad in scope and addresses goals in human, social and career development which are appropriately shared between the school and the family".

116 Il est intéressant de noter que la reconnaissance de la responsabilité première des parents dans l'éducation des enfants ressort également du programme FP lui-même. Le programme FP précise relativement à la composante « Éducation à la vie familiale » : [TRADUCTION] « cet aspect de l'épanouissement personnel souligne le rôle de la famille dans l'enseignement de normes morales et comportementales » (p. 4). Le programme FP indique également que [TRADUCTION] « [l]a famille exerce une influence prépondérante sur le développement des attitudes et des valeurs chez l'enfant » (p. 6). C'est ainsi que la politique 8425 du conseil scolaire de Surrey affirme : [TRADUCTION] « le programme d'études prescrit a une portée générale et [. . .] les objectifs d'épanouissement humain, social et professionnel qu'il poursuit sont comme il se doit répartis entre l'école et la famille ».

Why are parents guaranteed a paramount role in their children's education and moral development? As was quoted above from *B. (R.)*, at para. 85, the primacy of parents is "rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself". This reasoning strikes particularly true with regard to the facts in the case at bar. A parental determination of what is appropriate subject matter for their children's education involves an examination of the psychological age or maturity of their children, as well as a parental reflection upon what conscience-based guidance they seek to impart. As one parent's affidavit puts

117 Pourquoi garantir aux parents un rôle prépondérant dans l'éducation et le développement moral de leurs enfants? Comme la Cour le dit dans l'extrait précité de *B. (R.)*, par. 85, le rôle privilégié des parents est « fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même ». Ce raisonnement vaut particulièrement dans les circonstances de l'espèce. Pour déterminer quelles matières conviennent pour l'éducation de leurs enfants, les parents doivent prendre en considération l'âge psychologique ou la maturité de ces derniers et se demander quelles valeurs personnelles ils veulent leur inculquer. Un parent a d'ailleurs

it: "As my children's mother, I feel I am in the best position to determine their ability to understand and deal with complex and contentious value-based issues involving human sexuality." This evaluation is individualized, and, in my view, preferable, when possible, to assumptions which root child readiness or capability in an undifferentiated chronological analysis. In many, if not most, educational policy situations, however, general chronologically based decisions are unavoidable as a practical matter. Even these general decisions, however, are still the result of a consensus which has been developed by the community. In the penumbra which this case concerns, the space permitted for local school board approval or non-approval of educational resources in the absence of provincially approved resources, responsiveness to parental concern allows a school board to react more directly to parental determinations of age appropriateness. Since this local solution is not only possible, but clearly envisaged by the operation of the *School Act*, it is preferable and to be respected, in that it reflects the clear proposition of law that parents stand before the state in relation to their children and are in a uniquely privileged position to be able to gauge their needs and abilities.

déclaré sous serment : [TRADUCTION] « En tant que mère de mes enfants, j'estime être plus à même de déterminer leur aptitude à comprendre des questions compliquées et controversées mettant en cause des valeurs et touchant à la sexualité humaine, ainsi qu'à composer avec de telles questions. » Il s'agit d'une évaluation individuelle qui, selon moi, est préférable, dans la mesure du possible, à toute hypothèse qui fonde les dispositions ou capacités de l'enfant sur une analyse chronologique non différenciée. Or dans les faits, les décisions fondées sur des généralisations chronologiques sont inévitables dans l'établissement de bon nombre de politiques d'enseignement, sinon de la plupart d'entre elles. Cependant, même ces décisions générales sont le résultat d'un consensus au sein de la collectivité. Dans la zone grise dont il est question en l'espèce, à l'intérieur de la marge de manœuvre dont disposent les conseils scolaires pour approuver ou non les ressources éducatives, en l'absence de ressources approuvées au niveau provincial, les conseils scolaires, étant sensibles aux inquiétudes des parents, peuvent donner suite plus directement aux conclusions des parents pour ce qui est de savoir si la ressource en question convient à la catégorie d'âge des enfants. Comme cette solution locale est non seulement possible, mais clairement envisagée dans la *School Act*, elle est préférable et doit être respectée. En effet, elle traduit le principe bien établi de droit qui donne aux parents préséance sur l'État à l'égard de leurs enfants et les reconnaît comme étant les mieux placés pour évaluer leurs besoins et leurs capacités.

118 I have undertaken the above review of the parental role in the moral education of children and the "best interests" of the child test because, in my view, the privileged role of parents to determine what serves the well-being of their children, including, as quoted above, their "moral upbringing", is central to analyzing the reasonableness of the School Board's decision in the case at bar. This is because the School Board, acting in the capacity of approving or not-approving "educational resource materials" which are complementary to the provincially approved materials, is acting as an elected representative body. As will be discussed below, the School Board's criteria for approving complementary "educational resource materials", not

J'ai entrepris cet examen du rôle des parents dans l'éducation morale de leurs enfants et du critère de l'« intérêt » de l'enfant parce que, à mon sens, le rôle privilégié qu'ont les parents de décider de ce qui contribue au bien-être de leurs enfants, y compris, selon une expression employée dans un extrait précité, leur « éducation morale », est au cœur de l'analyse du caractère raisonnable de la décision du conseil scolaire contestée en l'espèce. La raison en est que, lorsqu'il exerce son pouvoir d'approuver ou non des « ressources documentaires éducatives » qui viennent compléter le matériel didactique approuvé au niveau provincial, le conseil scolaire agit en qualité d'organe représentatif élu. Comme nous le verrons plus loin, ses critères d'approbation

surprisingly, contained reference to concepts such as "age appropriateness" and envisaged that the existence of parental concern in the community would be a factor to be considered. These dimensions of the criteria obviously require the trustees to canvass local parental views as it is clear, from my discussion above, that parents are the best arbiters of what is in their children's best interests.

B. *Parental Involvement in the School System and the Charter*

As noted above, parents are presumed to have acted in accordance with their children's "best interests" unless it is shown to the contrary. In my view, nothing in the record lends itself to the view that parents who were concerned about the appropriateness of the Three Books have been shown to have failed to act in the "best interests" of their children.

What of the interaction between what is parentally determined to be in the "best interests" of their children and the *Charter*? In *Young*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. stated that custodial parents have a duty to ensure, protect and promote the "best interests" of their children. With regard to the content of that duty, L'Heureux-Dubé J. claimed, at p. 38: "That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day to day life and long-term well-being, as well as major decisions with regard to education, religion, health and well-being." This is consonant with the more general discussion above about the privileged parental role in the upbringing of their children, whether rooted in ss. 2(*a*) or 7 of the *Charter*. With regard to the constitutionality of the "best interests of the child" test, L'Heureux-Dubé J. claimed, at p. 71:

It would seem to be self-evident that the best interests test is value neutral, and cannot be seen on its face to violate any right protected by the *Charter*. Indeed, as an objective, the legislative focus on the best interests of the child is completely consonant with the articulated values and underlying concerns of the *Charter*, as it aims to protect a vulnerable segment of society by ensuring that

des « ressources documentaires éducatives » complémentaires renvoyaient, assez naturellement, à des notions comme la « catégorie d'âge visée » et indiquaient que la manifestation d'inquiétudes de la part des parents était un facteur qu'il faut prendre en considération. Ces éléments exigent évidemment que les conseillers sondent l'opinion des parents du district étant donné qu'il ressort de ce qui précède que les parents sont les mieux placés pour décider ce qui est dans l'intérêt de leurs enfants.

B. *La participation des parents au système scolaire et la Charte*

Je le rappelle, les parents sont, sauf preuve contraire, présumés agir dans l'« intérêt » des enfants. À mon avis, le dossier ne permet pas de conclure que les parents qui se demandent si les trois manuels conviennent à la catégorie d'âge visée n'ont pas agi dans l'« intérêt » de leurs enfants. 119

Qu'en est-il de l'interaction entre ce qui, selon les parents, est dans l'« intérêt » de leurs enfants et la *Charte*? Dans *Young*, précité, le juge L'Heureux-Dubé dit que le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser l'« intérêt » de l'enfant. En ce qui concerne la teneur de cette obligation, elle affirme à la p. 38 : « Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. » Cela cadre avec l'analyse plus générale qui précède concernant le rôle privilégié des parents dans l'éducation de leurs enfants, que ce privilège se fonde sur l'al. 2*a*) ou l'art. 7 de la *Charte*. En ce qui a trait à la constitutionnalité du critère de « l'intérêt de l'enfant », le juge L'Heureux-Dubé dit à la p. 71 : 120

Il semble évident que le critère du meilleur intérêt de l'enfant a une valeur neutre et qu'il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. De fait, en tant qu'objectif, l'accent mis dans la loi sur le meilleur intérêt de l'enfant correspond tout à fait aux valeurs explicites et aux préoccupations implicites de la *Charte*, puisqu'il vise à protéger un segment vulnérable de la société en veillant à

the interests and needs of the child take precedence over any competing considerations in custody and access decisions.

While the case at bar does not concern a legislative reference to the "best interests" of the child standard *per se*, the standard, in my view, is implicated since the School Board purports to be acting in response to the concerns of parents, who are otherwise obligated to act in their children's "best interests". This was, in fact, noted by the trial judge, who, at para. 55, recognized that the School Board purported that "its corporate decision was made in the best interests of the children". This case, therefore, while obviously not ignoring the needs and constitutional rights of parents in same-sex relationships, is about the "best interests" of all children in the public school system.

121 Although the issue does not appear to have been expressly considered by this Court in the past, in my view, there can be no doubt that the School Board is a branch of government and thus subject to the *Charter* by operation of s. 32. In applying the approach set forth by La Forest J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, I find many similarities between the status of elected school boards such as the respondent and that of a municipal council, which he addressed in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844. Thus, like a municipal council, the School Board is an elected body endowed by legislation with largely autonomous rule-making and decisional powers. As La Forest J. indicated (at para. 47):

I take to be an important idea governing the application of the Canadian *Charter* to entities other than Parliament, the provincial legislatures or the federal or provincial governments . . . that where such entities are, in reality, "governmental" in nature — as evidenced by such things as the degree of government control exercised over them, or by the governmental quality of the functions they perform — they cannot escape *Charter* scrutiny. In other words, the ambit of s. 32 is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those

ce que l'intérêt et les besoins de l'enfant l'emportent, en matière de garde et d'accès, sur toute autre considération concurrente.

Bien qu'en l'espèce, la Loi ne renvoie pas au critère de l'« intérêt » de l'enfant comme tel, ce critère s'applique tacitement puisque le conseil scolaire dit avoir agi en réponse aux inquiétudes des parents, lesquels sont par ailleurs tenus d'agir dans l'« intérêt » de leurs enfants. Le juge de première instance l'a en fait signalé et, au par. 55, elle a reconnu que le conseil scolaire avait prétendu [TRADUCTION] « avoir pris sa décision dans l'intérêt des enfants ». Le présent pourvoi porte donc sur l'« intérêt » de tous les enfants du système d'enseignement public, bien qu'il ne faille évidemment pas mettre de côté les besoins et les droits constitutionnels des parents qui sont des conjoints de même sexe.

Même si la Cour ne paraît pas avoir examiné expressément la question par le passé, il ne fait aucun doute, selon moi, que le conseil scolaire est un organe du gouvernement et qu'il est donc assujetti à la *Charte* en vertu de l'art. 32. Si l'on applique le raisonnement du juge La Forest dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, on relève de nombreuses similitudes entre le statut juridique d'un conseil scolaire élu, comme l'intimé, et celui d'un conseil municipal, sur lequel il s'est prononcé dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844. Ainsi, tout comme un conseil municipal, le conseil scolaire est un corps élu légalement investi d'un pouvoir de décision et de réglementation qu'il exerce en grande partie de manière autonome. Comme le dit le juge La Forest (au par. 47) :

[U]n principe important de l'applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux [me paraît être que] lorsque ces entités sont en réalité de nature « gouvernementale » — en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu'elles exécutent — elles ne peuvent se soustraire à l'examen fondé sur la *Charte*. En d'autres termes, l'art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature

that are formally part of the structure of the federal or provincial governments.

Here, as was the case of the municipal council in *Godbout*, school boards "are democratically elected by members of the general public and are accountable to their constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to the electorates they represent . . ., this itself is a highly significant (although perhaps not a decisive) indicium of 'government' in the requisite sense" (para. 51). Moreover, although not directly endowed with taxation powers, they are the beneficiaries of school taxes levied by municipalities on behalf of the province under ss. 107 and 119 *et seq.* of the *School Act*. Finally, and most importantly, school boards "derive their existence . . . from the provinces; that is, they exercise powers conferred on them by provincial legislatures, powers and functions which they would otherwise have to perform themselves" (para. 51). I believe that these considerations clearly establish the applicability of the *Charter* to the School Board.

However, in my view, it would be inappropriate to embark upon a complete s. 15 analysis in the case at bar, as if to establish a direct breach of the *Charter* by the School Board. Although the appellants raise such issues before this Court, they were not addressed by the courts below, whose reasoning was based exclusively on the scope of the Board's authority under the Act. Thus, I would be reluctant, for instance, to deal with issues such as substantive discrimination under s. 15 and justification under s. 1 without the benefit of findings of fact specifically directed at them.

In addition, such an analysis would raise substantial issues concerning standing, which have similarly not been addressed by the courts below. None of the appellants are same-sex parents or children of such parents, who could allege having been exposed to differential treatment based on their personal characteristics by not being represented alongside other family types in Surrey K-1

gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale.

En l'espèce, tout comme c'était le cas du conseil municipal en cause dans *Godbout*, les conseils scolaires « sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Cela [. . .] paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu'il s'agit de "gouvernements" au sens requis » (par. 51). En outre, bien qu'ils ne soient pas directement investis de pouvoirs de taxation, ils sont les bénéficiaires des taxes scolaires prélevées par les municipalités pour le compte de la province en application de l'art. 107 et de l'art. 119 et suiv. de la *School Act*. Enfin et surtout, les conseils scolaires « sont des créatures des provinces [. . .]; c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger » (par. 51). Je crois que ces considérations établissent clairement l'assujettissement du conseil scolaire à la *Charte*.

122 J'estime toutefois qu'il n'y a pas lieu d'entreprendre en l'espèce une analyse exhaustive fondée sur l'art. 15 comme s'il s'agissait d'établir que le conseil scolaire a porté directement atteinte à la *Charte*. Même si les appelants soulèvent de telles questions devant la Cour, les tribunaux d'instance inférieure ne les ont pas examinées, leur raisonnement se fondant uniquement sur l'étendue du pouvoir que la Loi confère au conseil scolaire. Je suis donc réticent, par exemple, à examiner des questions comme celles de la discrimination réelle au regard de l'art. 15 et de la justification en vertu de l'article premier, sans le bénéfice de conclusions de fait s'y rapportant directement.

123 En outre, une telle analyse soulèverait de sérieuses questions concernant la qualité pour agir, qui elles non plus n'ont pas été abordées par les tribunaux d'instance inférieure. Les appelants ne comptent ni parents de même sexe ni enfants de tels parents, qui pourraient prétendre avoir été exposés à un traitement différent fondé sur leurs caractéristiques personnelles parce qu'ils n'ont pas été

classrooms. Thus, this Court would have to decide whether the criteria for public interest standing set forth 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, *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, are met by at least one of the plaintiffs in this case. Professor P. W. Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, summarizes the result of these cases as follows (at p. 56-9):

> While it is still the case that a private plaintiff has no right to bring a declaratory action when he or she has no special personal interest in an issue of constitutional or public law, the courts will grant standing as a matter of discretion to the plaintiff who establishes (1) that the action raises a serious legal question, (2) that the plaintiff has a genuine interest in the resolution of the question, and (3) that there is no other reasonable and effective manner in which the question may be brought to court.

In my view, while there is no doubt that the appellants, including Mr. Chamberlain, have a genuine interest in the resolution of the question, a suit by same-sex parents or children directly affected by the Resolution appears to be the "reasonable and effective manner" in which one would expect an allegation of a s. 15 breach by the Board to be raised.

124 Moreover, a determination that "the action raises a serious legal question" in the context of the standing analysis would involve some circularity here, as the test established by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, requires that the impugned law or act draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics. In the case at bar, none of the claimants has been made subject to a distinction based on his or her personal characteristics. As mentioned above, Mr. Warren is a homosexual teacher in the Coquitlam school district, rather than in Surrey, and is unaffected by the Three Books Resolution. Mr. Cook was a secondary school student in Surrey at the time the Resolution was adopted, and was not directly

représentés comme d'autres types de familles dans les classes de maternelle et de première année du district de Surrey. La Cour devrait alors décider si au moins un des demandeurs remplit les critères relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt public qu'elle a établis dans *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, et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607. Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, le professeur P. W. Hogg résume ainsi ces arrêts à la p. 56-9 :

> [TRADUCTION] Même si un demandeur privé n'a toujours pas le droit d'obtenir un jugement déclaratoire s'il n'a aucun intérêt particulier dans une question constitutionnelle ou de droit public, le tribunal peut lui reconnaître la qualité pour agir s'il établit (1) que l'action soulève une question de droit sérieuse, (2) qu'il a un intérêt véritable dans le règlement de la question et (3) qu'il n'y a aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Selon moi, bien qu'il ne fasse aucun doute que les appelants, dont M. Chamberlain, ont un intérêt véritable dans le règlement de la question, une poursuite intentée par des parents de même sexe ou des enfants directement touchés par la résolution paraît être le « moyen raisonnable et efficace » de formuler une allégation de non-respect de l'art. 15 par le conseil scolaire.

Par ailleurs, conclure que l'« action soulève une question de droit sérieuse » dans le contexte de l'examen de la qualité pour agir donnerait lieu en l'espèce à une tautologie étant donné que, selon le critère établi par le juge Iacobucci dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la loi contestée doit établir une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes sur le fondement d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. En l'espèce, aucun des demandeurs n'a fait l'objet d'une distinction fondée sur ses caractéristiques personnelles. Comme je l'ai indiqué, M. Warren est homosexuel et enseigne dans le district scolaire de Coquitlam, et non dans celui de Surrey, et il n'est pas touché par la résolution relative aux trois manuels. Monsieur

affected by it. Ms. Elwin is the author of *Asha's Mums*, one of the books at issue, and her evidence concerns the reception of the book in places other than Surrey. She makes no claim to having been impacted by the Resolution. Ms. Willcott is a Surrey resident who opposed the Resolution and whose six-year-old son was in Mr. Chamberlain's Grade One class at that time. She does not claim to be a homosexual or to otherwise have been directly affected by the Resolution. Finally, Mr. Chamberlain himself is a homosexual K-1 teacher in Surrey. Although he introduced the books for approval and argues that the Resolution may deny benefits to some children, he cannot claim that it denies him equal benefit of the law based on his personal characteristics. He does not claim, for instance, that the Board's refusal to approve the books was in any way related to his own homosexuality. Indeed, there is every reason to think that the same conclusion would have been reached had the books been introduced by a heterosexual teacher.

Cook était un élève du secondaire dans le district scolaire de Surrey au moment où la résolution a été adoptée, mais il n'était pas directement touché par elle. M^me^ Elwin est l'auteure d'*Asha's Mums*, l'un des manuels en cause, et son témoignage porte sur l'accueil réservé à son ouvrage ailleurs que dans le district de Surrey. Elle ne prétend pas avoir été touchée par la résolution. M^me^ Willcott est une résidante de Surrey qui s'est opposée à la résolution et dont le fils de six ans était dans la classe de première année de M. Chamberlain. Elle ne dit pas être homosexuelle ni par ailleurs avoir été touchée directement par la résolution. Enfin, M. Chamberlain lui-même est homosexuel et enseigne à la maternelle et en première année dans le district scolaire de Surrey. Même s'il a soumis les manuels à l'approbation du conseil et fait valoir que la résolution peut léser certains enfants, il ne peut prétendre qu'elle le prive du même bénéfice de la loi sur le fondement de ses caractéristiques personnelles. Il ne soutient pas, par exemple, que le refus du conseil d'approuver les manuels était de quelque manière lié à son homosexualité. En fait, il y a tout lieu de croire que le conseil serait arrivé à la même conclusion si les manuels avaient été proposés par un enseignant hétérosexuel.

The appellants could conceivably circumvent these difficulties by arguing, for instance, that Mr. Chamberlain has been discriminated against by him not being able to teach materials that reflect his lifestyle, or that homosexual persons in general are being discriminated against by their not being shown to exist in the learning resources adopted by the Minister and the School Board for use in K-1 classrooms in Surrey. In my view, while these arguments may have some merit, it is unnecessary to resolve the issue at this point. I believe the standing difficulties I have outlined arise from the fact that this case truly shows itself to be about a distinction linked, not to the personal characteristics of any individual, but to the particular features or contents of the Three Books; in other words, it is about the "ways and means" of implementing the curriculum, an exercise of educational policy choice, within the context of a broader commitment to actual non-discrimination. As I suggested above, there is effectively consensus on *Charter* values in the context

125

Les appelants pourraient théoriquement surmonter ces difficultés en faisant valoir, par exemple, que M. Chamberlain a été victime de discrimination du fait qu'il n'a pu utiliser, pour enseigner, du matériel didactique reflétant son mode de vie ou que les personnes homosexuelles en général sont victimes de discrimination parce qu'elles ne sont pas représentées dans les ressources d'apprentissage retenues par le ministre et le conseil scolaire pour les élèves de maternelle et de première année du district de Surrey. Bien que ces arguments puissent avoir quelque fondement, il est inutile de trancher la question à ce stade. Je crois que les difficultés signalées découlent du fait que le litige porte véritablement sur une distinction liée non pas aux caractéristiques personnelles d'un individu, mais bien au contenu particulier des trois manuels. En d'autres termes, le litige porte sur les « moyens » de mise en œuvre du programme d'études, à savoir un choix pédagogique, dans le contexte d'un engagement général de non-discrimination véritable.

of the case at bar. No one is advocating discriminatory treatment of any persons. Moreover, as will be explained below, I am of the view that the relevant *Charter* values are incorporated in the requirements of the *School Act*, notably through the criterion of "highest morality" in s. 76. Therefore, I am satisfied that approaching this case as one of accommodation or balancing between competing *Charter* rights adequately addresses the impact of the *Charter*.

126 The *Charter* reflects a commitment to equality, protects all persons from discrimination, protects the rights of all Canadians to exercise their religious freedom and freedom of conscience, and also protects freedom of expression. Thus, persons who believe that homosexual behaviour, manifest in the conduct of persons involved in same-sex relationships, is immoral or not morally equivalent to heterosexual behaviour, for religious or non-religious reasons, are entitled to hold and express that view. On the other hand, persons who believe that homosexual behaviour is morally equivalent to heterosexual behaviour are also entitled to hold and express that view. Both groups, however, are not entitled to act in a discriminatory manner. Thus, this case engages the s. 15, s. 2(*a*) and s. 2(*b*) rights of both the appellants and the parents who expressed their views to the School Board — and all must be considered as imported into the review of the School Board's decision. I note that in *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, at para. 31, this Court affirmed the position elaborated in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, that:

> A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Comme je l'ai déjà dit, il y a effectivement consensus quant aux valeurs de la *Charte* qui s'appliquent en l'espèce. Nul ne préconise un traitement discriminatoire à l'endroit de quiconque. En outre, et j'y reviendrai plus en détail, j'estime que les valeurs constitutionnelles en cause imprègnent les exigences de la *School Act*, notamment le critère des « plus hautes valeurs morales » figurant à l'art. 76. Je suis donc convaincu qu'analyser la présente affaire sous l'angle de l'accommodement ou de la pondération de droits constitutionnels opposés permet de circonscrire convenablement l'incidence de la *Charte*.

La *Charte* traduit un engagement envers l'égalité, protège tout citoyen contre la discrimination, garantit à tous les Canadiens le droit à l'exercice de leur liberté de religion et de leur liberté de conscience, et elle protège également la liberté d'expression. Par conséquent, la personne qui croit que le comportement homosexuel, manifeste chez les couples de même sexe, est immoral ou n'est pas moralement équivalent au comportement hétérosexuel, pour des motifs religieux ou non, a le droit d'avoir cette opinion et de l'exprimer. Par ailleurs, celle qui croit que l'homosexualité est moralement équivalente à l'hétérosexualité a aussi le droit d'avoir ce point de vue et de l'exprimer. Ni l'une ni l'autre ne peuvent cependant agir de manière discriminatoire. Ainsi, il s'agit ici des droits que l'art. 15 et les al. 2*a*) et *b*) confèrent aux appelants et aux parents qui ont fait valoir leur point de vue devant le conseil scolaire — et tous ces droits doivent être considérés comme étant engagés dans l'examen de la décision du conseil scolaire. Je constate que dans *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, par. 31, la Cour confirme la position adoptée dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835:

> Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, (. . .) les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Many of the parents who signed affidavits supporting the respondent specifically stated that they do not discriminate and are not "homophobic". A sample of such statements includes the following:

I am aware that there are differing views regarding the issue of homosexuality and same-sex couples, or religion, politics or other matters of strong personal opinion, and I respect the right of others to hold views that differ from my own and live in a manner consistent with those views, so long as they do not disregard the rights of my family and children to differ. I am not homophobic as I neither fear nor hate homosexuals, I merely disagree with some of their views regarding sexual behaviour and wish to be free to do so without discrimination or harassment.

I am not homophobic and respect the right of each individual in society to live their lives without the occurrence of discrimination contrary to the law. However, I do not believe that I, as a parent, nor my child, should be required or taught to agree with the appropriateness of same-sex sexual relationships.

. . . we do not wish our children to be exposed to the topic of same-sex couples at an early age where they are unable to deal with the complexities of the issue when we believe that this is not a proper family unit. We are not homophobic as we neither hate nor fear those of a homosexual orientation. We simply have strong religious beliefs regarding homosexual behaviour which we wish to impart to our children. It is our desire that the school system not interfere with our right to teach our children our values. Our children will, at some point, be exposed to the topic as we do not wish to be overly protective or keep our children away from what is happening in society. However, we believe that this topic should be addressed primarily at home and at an age we deem appropriate.

I am bringing up my children to love and respect everyone, but not necessarily to accept their actions or beliefs.

Adults in Canadian society who think that homosexual behaviour is immoral can still be staunchly committed to non-discrimination. In the case at bar, there is, in my view, no evidence that the parents who felt that the Three Books were inappropriate for five- and six-year-old children fostered discrimination against persons in any way. Many persons,

Bon nombre des parents qui ont fait des déclarations sous serment pour appuyer l'intimé ont dit expressément qu'ils ne faisaient aucune discrimination et qu'ils n'étaient pas « homophobes ». Voici quelques extraits de ces déclarations : 127

[TRADUCTION] Je reconnais que les opinions diffèrent en ce qui concerne la question de l'homosexualité et des couples de même sexe, ou la religion, la politique ou d'autres convictions profondément personnelles, et je respecte le droit des autres de penser autrement et de vivre en conséquence, tant qu'ils ne font pas fi des droits de ma famille et de mes enfants de différer d'opinion. Je ne suis pas homophobe, je ne crains pas les homosexuels ni ne les hais, je suis simplement en désaccord avec certaines de leurs idées concernant le comportement sexuel et je veux pouvoir l'être sans faire l'objet de discrimination ou de harcèlement.

Je ne suis pas homophobe et je respecte le droit de chacun de vivre sa vie sans être victime de discrimination contraire à la loi. Cependant, je ne crois pas que mon enfant ou moi, en tant que parent, devrions être tenus de convenir du caractère approprié des relations de partenaires de même sexe ni être enseignés à en convenir.

. . . nous ne voulons pas que le sujet des couples de même sexe soit abordé avec nos jeunes enfants, à un âge où ils ne peuvent composer avec la complexité d'une telle question, d'autant que nous croyons qu'il ne s'agit pas d'une unité familiale appropriée. Nous ne sommes pas homophobes en ce que nous n'avons ni haine ni crainte envers les personnes homosexuelles. Nous avons simplement de fermes convictions religieuses concernant l'homosexualité et nous voulons les transmettre à nos enfants. Nous demandons que le système scolaire ne porte pas atteinte à notre droit d'inculquer nos valeurs à nos enfants. Tôt ou tard, ces derniers seront informés de la question puisque nous ne voulons pas les surprotéger ou les garder à l'écart de ce qui se passe dans la société. Nous estimons toutefois que ce sujet devrait être abordé principalement à la maison et à l'âge que nous jugeons approprié.

J'élève mes enfants dans l'amour et le respect de tous, mais je n'approuve pas nécessairement les actes ou les croyances de chacun.

Au sein de la société canadienne, les adultes qui estiment que l'homosexualité est immorale peuvent néanmoins être fermement opposés à toute discrimination. En l'espèce, rien ne prouve que les parents qui estiment que les trois manuels ne conviennent pas aux enfants de cinq et six ans ont favorisé d'une manière quelconque la discrimination à l'égard des

religious and not, justify this distinction by drawing a line, reflected in the passages above, between beliefs held about persons and beliefs held about the conduct of persons.

128 If many Canadians, as a result of deeply held religious or non-religious beliefs or opinions, draw such a line and commit to such a distinction in their daily lives, must the law obliterate it because of the allegation that acts of discrimination against persons are born from the view held by some that certain persons' conduct is immoral or inappropriate? Does a commitment to eradicating the potential for future instances of discrimination require that religious persons or others be forced to abandon their views regarding the immorality of certain conduct? Can s. 15 be used to eliminate beliefs, whether popular or unpopular? In a society committed to liberal values and robust pluralism, the answer to all of these questions must be in the negative.

129 This Court has recognized that there are many religious organizations within our Canadian community, and that their diversity must be respected. To this I add that there are many other organizations within civil society, including those such as GALE or the intervener EGALE, which espouse particular views about homosexuality which, while not being "religious" *per se*, are clearly particular normative claims about "beliefs". The views of these institutions of civil society must also be respected.

130 In *Trinity Western*, this Court held that while the British Columbia College of Teachers was correct to have considered the *Charter* and other human rights legislation when examining the question of whether to grant accreditation to a private university, the College of Teachers also had to ask whether the rights in question were actually in conflict. In that case, at para. 29, this Court concluded that any potential conflict between the s. 2(*a*) and s. 15 *Charter* rights "should be resolved through the proper delineation of the rights and values involved. In essence, properly defining the scope of the rights avoids a conflict in this case. Neither freedom of

personnes. De nombreuses personnes, qu'elles aient des croyances religieuses ou non, justifient cette nuance, comme le montrent les extraits précédents, en faisant une distinction entre leurs croyances au sujet des personnes et leurs croyances au sujet du comportement de ces personnes.

Si, en raison de convictions profondes, religieuses ou non, bon nombre de Canadiens font une telle distinction et l'appliquent dans la vie de tous les jours, la loi doit-elle l'effacer parce que la discrimination à l'endroit de certaines personnes découle de l'opinion de certains que leur comportement est immoral ou inapproprié? L'engagement à prévenir la discrimination exige-t-il que les personnes qui, pour des motifs religieux ou autres, croient qu'un comportement donné est immoral, renoncent à cette opinion? L'article 15 peut-il fonder la suppression de croyances, qu'elles soient répandues ou non? Dans une société qui prône les valeurs libérales et un pluralisme vigoureux, force est de répondre à toutes ces questions par la négative.

La Cour a reconnu qu'il y a de multiples organismes religieux dans la société canadienne et qu'il y a lieu de respecter cette diversité. De plus, de nombreux autres organismes au sein de la société civile, dont le GALE ou l'intervenante EGALE, ont, au sujet de l'homosexualité, des points de vue particuliers dont on peut dire, bien qu'ils ne soient pas « religieux » en soi, qu'ils constituent clairement des énoncés normatifs particuliers concernant des « croyances ». Il faut également respecter les opinions de ces organismes au sein de la société civile.

Dans *Trinity Western*, la Cour a statué que le British Columbia College of Teachers avait eu raison de tenir compte de la *Charte* et d'autres lois relatives aux droits de la personne pour décider d'accorder ou non l'agrément à une université privée, mais qu'il aurait dû également se demander s'il y avait véritablement conflit entre les droits en cause. Au paragraphe 29, la Cour a conclu que tout conflit éventuel entre les droits garantis à l'al. 2*a*) et à l'art. 15 de la *Charte* « [devait être réglé] en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Essentiellement, une bonne délimitation de la portée des droits permet d'éviter un conflit

religion nor the guarantee against discrimination based on sexual orientation is absolute." In an instance where belief claims seem to conflict, there will be a need to strike a balance, either by defining the rights so as to avoid a conflict or within a s. 1 justification. In the case at bar, the recognition of the value of each rights claim is adequately respected in the balance or accommodation that was struck by the School Board: the Three Books portraying parents in same-sex relationships will not be employed in the two earliest grades, but this subject matter, like the issue of homosexuality as a general topic of human sexuality, is present in later aspects of the curriculum. Further, the failure to approve the Three Books does not necessarily preclude the issue of same-sex parents being discussed in the classroom, a point which I will address below.

en l'espèce. Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues. » Dans le cas où des revendications fondées sur des croyances paraissent s'opposer, il est nécessaire d'établir un équilibre, soit en définissant les droits de manière à éviter un conflit, soit dans le cadre d'une justification en vertu de l'article premier. En l'espèce, la pondération ou le compromis qu'a établis le conseil scolaire reconnaît adéquatement la valeur de chacun des droits revendiqués : les trois manuels représentant des parents qui sont des conjoints de même sexe ne seront pas employés pour les deux premières années d'études, mais le sujet, tout comme la question de l'homosexualité dans le cadre de la sexualité humaine en général, sera abordé au cours des années suivantes. De plus, le refus d'approuver les trois manuels n'empêche pas nécessairement que la question des parents de même sexe soit abordée en classe. J'y reviendrai.

As this Court has stated in *Trinity Western*, at para. 36:

> . . . the proper place to draw the line in cases like the one at bar is generally between belief and conduct. The freedom to hold beliefs is broader than the freedom to act on them. Absent concrete evidence that training teachers at TWU fosters discrimination in the public schools of B.C., the freedom of individuals to adhere to certain religious beliefs while at TWU should be respected. . . . For better or for worse, tolerance of divergent beliefs is a hallmark of a democratic society. [Emphasis added.]

The key underlined phrase is a recognition that the distinction between conduct and belief is present in Canada's constitutional case law: persons are entitled to hold such beliefs as they choose, but their ability to act on them, whether in the private or public sphere, may be narrower. This approach reflects the fact that s. 2(*a*) and s. 2(*b*) of the *Charter* co-exist with s. 15, which extends protection against discrimination to both religious persons and homosexual persons. The balance struck in the case at bar reflects a position which is respectful of the views of both sides when one looks at the totality of the context.

Comme la Cour l'a dit dans *Trinity Western*, par. 36: 131

> . . . dans des cas comme celui dont nous sommes saisis, il convient généralement de tracer la ligne entre la croyance et le comportement. La liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance. En l'absence de preuve tangible que la formation d'enseignants à l'UTW favorise la discrimination dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique, il y a lieu de respecter la liberté des individus d'avoir certaines croyances religieuses pendant qu'ils fréquentent l'UTW. [. . .] Force est de constater que la tolérance de croyances divergentes est la marque d'une société démocratique. [Je souligne.]

La phrase clé mise en évidence reconnaît que la jurisprudence constitutionnelle canadienne atteste cette distinction entre le comportement et la croyance : chacun peut adhérer à la croyance de son choix, mais sa liberté d'agir conformément à sa croyance, que ce soit dans le domaine privé ou public, peut être moins grande. Cette interprétation est compatible avec le fait que les al. 2*a*) et *b*) de la *Charte* coexistent avec l'art. 15, lequel protège contre la discrimination tant les personnes qui ont des croyances religieuses que celles qui sont homosexuelles. L'équilibre établi en l'espèce respecte, si l'on tient compte de l'ensemble du contexte, les points de vue des uns et des autres.

132 Beyond this, nothing in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, or the existing s. 15 case law speaks to a constitutionally enforced inability of Canadian citizens to morally disapprove of homosexual behaviour or relationships: it is a feeble notion of pluralism that transforms "tolerance" into "mandated approval or acceptance". In my view, the inherent dignity of the individual not only survives such moral disapproval, but to insist on the alternative risks treating another person in a manner inconsistent with their human dignity: there is a potential for a collision of dignities. Surely a person's s. 2(*a*) or s. 2(*b*) *Charter* right to hold beliefs which disapprove of the conduct of others cannot be obliterated by another person's s. 15 rights, just like a person's s. 15 rights cannot be trumped by s. 2(*a*) or 2(*b*) rights. In such cases, there is a need for reasonable accommodation or balancing. In my view, in the context of this case, the decision reflects a constitutionally acceptable balance.

133 It was submitted before this Court in the case at bar that the best interests of children includes education about "tolerance". I, obviously, agree. As was quoted above from *Ross*, *supra*, at para. 42: "The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate." But to suggest that "tolerance" requires the mandatory approval of the Three Books, which is what the appellants seek as a remedy, begs the question as to what the books portray and the capability of children to receive the messages in the books in a manner which is consistent with the parental determination of what is in their best interests. This is a question regarding which reasonable parents disagree, regarding which some form of accommodation between disagreeing parents has to be struck, and regarding which, in my view, given the paramount role of parents *vis-à-vis* their children, explained above, significant deference is owed to parents.

Mais surtout, ni l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, ni la jurisprudence actuelle relative à l'art. 15 n'évoque une interdiction constitutionnelle faite aux Canadiens de désapprouver moralement le comportement ou les rapports homosexuels : c'est une piètre conception du pluralisme que de voir dans la « tolérance » une « approbation ou acceptation obligatoire ». Selon moi, non seulement la dignité inhérente de l'être humain ne souffre pas d'une telle condamnation morale, mais l'exigence d'une approbation morale risque de faire en sorte qu'une autre personne soit traitée d'une manière incompatible avec sa dignité humaine : il y a risque de conflit entre les dignités. Le droit d'une personne, garanti à l'al. 2*a*) ou *b*) de la *Charte*, d'adhérer à une croyance qui désapprouve le comportement d'autrui ne peut être écarté par le droit que confère l'art. 15 à une autre personne, tout comme les droits garantis à l'art. 15 ne peuvent être contrecarrés par les droits garantis à l'al. 2*a*) ou *b*). En pareils cas, il est nécessaire de recourir à un compromis ou à une pondération raisonnables. En l'espèce, la décision reflète à mon avis une pondération acceptable sur le plan constitutionnel.

On a fait valoir devant la Cour qu'il était dans l'intérêt des enfants de leur enseigner la « tolérance ». Je suis évidemment d'accord. Je me permets de répéter les propos que nous avons tenus dans *Ross*, précité, par. 42 : « Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. » Mais laisser entendre que la « tolérance » exige l'approbation obligatoire des trois manuels, soit la réparation demandée par les appelants, élude la question du contenu des manuels et de l'aptitude des enfants à recevoir leurs messages d'une manière compatible avec l'appréciation que font les parents de l'intérêt de leurs enfants. Or, il s'agit d'une question qui suscite le désaccord de parents raisonnables, qui exige l'établissement d'un compromis entre les parents en désaccord et pour laquelle, compte tenu du rôle prépondérant des parents vis-à-vis de leurs enfants, expliqué précédemment, le choix des parents justifie un grand respect.

I also note that language espousing "tolerance" ought not be employed as a cloak for the means of obliterating disagreement. Section 15 of the *Charter* protects all persons from discrimination on numerous enumerated and analogous grounds, including the grounds of religion and sexual orientation. Language appealing to "respect", "tolerance", "recognition" or "dignity", however, must reflect a two-way street in the context of conflicting beliefs, as to do otherwise fails to appreciate and respect the dignity of each person involved in any disagreement, and runs the risk of escaping the collision of dignities by saying "pick one". But this cannot be the answer. In my view, the relationship between s. 2 and s. 15 of the *Charter*, in a truly free society, must permit persons who respect the fundamental and inherent dignity of others and who do not discriminate, to still disagree with others and even disapprove of the conduct or beliefs of others. Otherwise, claims for "respect" or "recognition" or "tolerance", where such language becomes a constitutionally mandated proxy for "acceptance", tend to obliterate disagreement.

Je précise également que les appels à la « tolérance » ne doivent pas servir de prétexte pour effacer tout désaccord. L'article 15 de la *Charte* protège chacun contre la discrimination fondée sur de nombreux motifs énumérés et motifs analogues, y compris ceux de la religion et de l'orientation sexuelle. Toutefois, les appels au « respect », à la « tolérance », à la « reconnaissance » ou à la « dignité » doivent être réciproques entre les tenants de croyances opposées. Agir autrement ne tiendrait pas compte de la dignité de chacune des parties en désaccord et comporterait le risque que l'on évite de heurter les droits à la dignité en privilégiant simplement l'un ou l'autre de ces droits. Mais il ne peut s'agir de la solution. Selon moi, dans une société véritablement libre, l'interaction entre l'art. 2 et l'art. 15 de la *Charte* doit permettre aux personnes qui respectent la dignité fondamentale et inhérente d'autrui et qui s'abstiennent de toute discrimination, d'être néanmoins en désaccord avec autrui et même de désapprouver le comportement ou les croyances d'autrui. Sinon, les appels au « respect », à la « reconnaissance » ou à la « tolérance », lorsque ces expressions s'entendent d'une « acceptation » rendue obligatoire par la Constitution, tendent à effacer tout désaccord. 134

It is often suggested, and was in fact submitted by many of the parties before this Court, that religious belief and practice, and public policy decisions based on such views, ought to effectively be privatized, retreated into the religious "closets" of home or church. I note, however, that the essence of freedom of religion or conscience, and in my view also the essence of freedom of expression more generally, was addressed in the following passage from Dickson J.'s reasons in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37:

> 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. 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

On laisse souvent entendre — et bon nombre des parties au présent pourvoi l'ont soutenu — que la croyance et la pratique religieuses, ainsi que les décisions d'intérêt public qui en découlent, devraient relever du domaine privé et être reléguées dans un « placard » religieux ou église. J'estime cependant que l'essence de la liberté de religion ou de conscience, mais aussi, selon moi, de la liberté d'expression en général, ressort de l'extrait suivant des motifs du juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336-337 : 135

> 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

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.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from 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 a way contrary to his beliefs or his conscience.

I note that this passage refers to many "public" words, such as "declare" and "manifest". This was not, in my view, an accident. Perhaps, if as submitted before this Court, it is preferable that the development of beliefs relating to religious faith or morality be undertaken exclusively in the private sphere, then perhaps so too should the development of beliefs as to what is or is not appropriate sexual conduct be undertaken in the private sphere, since it is clear that the nature of both kinds of belief, although constitutionally protected, are publicly contested. In my view, however, it is preferable that no constitutionally protected right be forced exclusively into the private sphere. In cases where there is a conflict between public expressions of rights, an accommodation or balance will need to be struck, either by defining the scope of the rights so as to avoid the conflict, or within s. 1 balancing. But an acceptable resolution when rights collide is not to allow one rights claim to obliterate the public exercise of another right. An acceptable resolution is accommodation or balancing: "Freedom of religion, conscience and association coexist with the right to be free

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.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans 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.

Je remarque que la Cour emploie plusieurs mots à connotation « publique », comme « professer » et « manifester ». Je ne crois pas qu'il s'agisse d'un hasard. Si, comme on l'a fait valoir devant la Cour, il est préférable que la transmission de croyances religieuses ou morales relève exclusivement du domaine privé, alors la transmission de croyances quant à ce qui constitue un comportement sexuel approprié ou non devrait peut-être également relever du domaine privé, puisqu'il est clair que les deux types de croyances, même s'ils bénéficient de la protection constitutionnelle, font l'objet d'une contestation publique. J'estime cependant préférable de ne reléguer exclusivement au domaine privé aucun droit garanti par la Constitution. Lorsque l'exercice public de différents droits donne lieu à un conflit, on doit recourir à un accommodement ou à une pondération, soit en définissant le champ d'application des droits de façon à éviter le conflit, soit en recourant à une pondération fondée sur l'article premier. Mais il n'est pas acceptable, lorsque des droits s'opposent, de permettre que l'affirmation d'un droit écarte l'exercice public d'un autre droit. La solution acceptable est celle de l'accommodement ou de la

of discrimination based on sexual orientation" (*Trinity Western*, *supra*, at para. 34).

C. *Section 76 of the School Act*

The discussion above is consistent with the proper understanding of "secular" and "non-sectarian", terms referred to in s. 76 of the *School Act*, which provides general direction as to how all schools are to be conducted. A proper understanding of these concepts was well elaborated by the Court of Appeal below and has been discussed in the reasons of the Chief Justice. (See also, generally, Iain T. Benson, "Notes Towards a (Re)Definition of the 'Secular'" (2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 519.)

In my view, Saunders J. below erred in her assumption that "secular" effectively meant "non-religious". This is incorrect since nothing in the *Charter*, political or democratic theory, or a proper understanding of pluralism demands that atheistically based moral positions trump religiously based moral positions on matters of public policy. I note that the preamble to the *Charter* itself establishes that ". . . Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law". According to the reasoning espoused by Saunders J., if one's moral view manifests from a religiously grounded faith, it is not to be heard in the public square, but if it does not, then it is publicly acceptable. The problem with this approach is that everyone has "belief" or "faith" in something, be it atheistic, agnostic or religious. To construe the "secular" as the realm of the "unbelief" is therefore erroneous. Given this, why, then, should the religiously informed conscience be placed at a public disadvantage or disqualification? To do so would be to distort liberal principles in an illiberal fashion and would provide only a feeble notion of pluralism. The key is that people will disagree about important issues, and such disagreement, where it does not imperil community living, must be capable of being accommodated at the core of a modern pluralism.

pondération: « La liberté de religion, de conscience et d'association coexiste avec le droit d'être exempt de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle » (*Trinity Western*, précité, par. 34).

C. *L'article 76 de la School Act*

136 L'analyse qui précède concorde avec l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « laïques » et « non confessionnels » à l'art. 76 de la *School Act*, qui énonce les principes généraux devant régir toutes les écoles. La Cour d'appel a donné de ces concepts une juste interprétation, qu'a examinée le Juge en chef dans ses motifs. (Voir aussi, de façon générale, Iain T. Benson, « Notes Towards a (Re)Definition of the "Secular" » (2000), 33 *U.B.C. L. Rev.* 519.)

137 À mon avis, le juge Saunders a commis une erreur en présumant que le terme « laïque » signifiait en réalité « non religieux ». Ce n'est pas le cas puisque rien dans la *Charte*, dans la théorie politique ou démocratique ou dans le pluralisme bien compris n'exige, lorsque des questions d'intérêt public sont en cause, que les positions morales fondées sur l'athéisme l'emportent sur les positions morales fondées sur des croyances religieuses. Je souligne que le préambule même de la *Charte* précise que « . . . le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ». Selon le raisonnement du juge Saunders, l'opinion morale qui traduit une croyance fondée sur une religion ne doit pas s'exprimer sur la place publique, alors qu'elle devient publiquement acceptable si elle n'est pas ainsi fondée. Le problème que pose une telle interprétation est que chacun a des « convictions » ou des « croyances », que celles-ci prennent leur source dans l'athéisme, l'agnosticisme ou la religion. Il est donc erroné de considérer que le terme « laïque » relève du domaine de la « non-croyance ». Cela étant, pourquoi alors les personnes ayant des convictions religieuses devraient-elles être pénalisées ou exclues? Ce faisant, on dénaturerait les principes du libéralisme d'une manière qui fragiliserait la notion de pluralisme. L'essentiel est que des personnes peuvent être en désaccord sur des questions importantes et qu'un tel désaccord, lorsqu'il ne met pas en péril la vie en société, doit pouvoir être accommodé au cœur du pluralisme moderne.

138 As Mackenzie J.A. stated in the Court of Appeal below, at paras. 31-34:

> Today, adherents of non-Christian religions and persons of no religious conviction are much more visible in the public square than a century ago and any truly free society must recognize and respect this diversity in its public schools. "Strictly secular and non-sectarian" must be interpreted in a manner that respects this reality. That respect precludes any religious establishment or indoctrination associated with any particular religion in the public schools but it cannot make religious unbelief a condition of participation in the setting of the moral agenda. Such a disqualification would be contrary to the fundamental freedom of conscience and religion set forth in s. 2 of the *Charter*, and the right to equality in s. 15. It would negate the right of all citizens to participate democratically in the education of their children in a truly free society.
>
> "Non-sectarian", while originally it may have been limited to a Christian context of various denominations and sects, must now be extended to include other religious traditions as well as those who do not adhere to any religious faith or tradition. The section precludes the teaching of religious doctrine associated with any particular faith or tradition (except in a context which is intended to educate students generally about the various religious traditions for the purpose of advancing religious tolerance and understanding and does not advance any particular doctrinal position over others).
>
> In my opinion, "strictly secular" in the *School Act* can only mean pluralist in the sense that moral positions are to be accorded standing in the public square irrespective of whether the position flows out of a conscience that is religiously informed or not. The meaning of strictly secular is thus pluralist or inclusive in its widest sense. This interpretation accords with *Big M*, where the fatal flaw in the *Lord's Day Act* was its link to exclusively Christian doctrine rather than morality. It also accords with the distinction between morality and dogma or creed in s. 76(2).
>
> No society can be said to be truly free where only those whose morals are uninfluenced by religion are entitled to participate in deliberations related to moral issues of education in public schools. In my respectful view "strictly secular" so interpreted could not survive scrutiny in the light of the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2 of the *Charter* and the equality rights guaranteed by s. 15.

Comme le dit le juge Mackenzie de la Cour d'appel, aux par. 31-34 :

> [TRADUCTION] De nos jours, les adeptes des religions non chrétiennes et les personnes qui n'ont aucune conviction religieuse sont beaucoup plus visibles sur la place publique qu'il y a un siècle, et toute société vraiment libre doit reconnaître et respecter cette diversité dans ses écoles publiques. Il faut donner à l'expression « strictement laïque et non confessionnel » une interprétation qui respecte cette réalité. Ce respect empêche l'établissement d'une religion et l'endoctrinement en faveur d'une religion donnée dans les écoles publiques, mais il ne peut rendre la participation à l'élaboration du code moral conditionnelle à l'absence de croyances religieuses. Une telle exclusion serait contraire à la liberté fondamentale de conscience et de religion énoncée à l'art. 2 de la *Charte* ainsi qu'au droit à l'égalité prévu à l'art. 15. Elle nierait le droit de tous les citoyens de participer démocratiquement à l'éducation de leurs enfants dans une société vraiment libre.
>
> Même si, à l'origine, le terme « non confessionnel » se limitait peut-être au contexte chrétien de diverses confessions et sectes, il doit maintenant englober les autres traditions religieuses de même que les personnes qui n'adhèrent à aucune croyance ou tradition religieuse. L'article empêche l'enseignement des préceptes d'une religion ou d'une tradition donnée (sauf lorsqu'il a pour but de faire connaître aux élèves les diverses traditions religieuses afin de favoriser la tolérance et la compréhension en matière de religion et non de promouvoir une position doctrinale plutôt qu'une autre).
>
> À mon avis, l'expression « strictement laïque » dans la *School Act* ne peut signifier que pluraliste en ce sens qu'il faut faire une place publique aux positions morales indépendamment de leur fondement religieux ou non. Elle signifie donc pluraliste ou inclusif dans leur sens le plus large. Cette interprétation est conforme à l'arrêt *Big M*, où la lacune fatale de la *Loi sur le dimanche* était son lien exclusif avec la doctrine chrétienne plutôt qu'avec les valeurs morales. Elle est également compatible avec la distinction que fait le par. 76(2) entre les valeurs morales et le dogme religieux ou les croyances religieuses.
>
> Une société ne saurait être vraiment libre lorsque seules les personnes dont les valeurs morales n'ont pas d'assise religieuse ont le droit de participer aux débats sur les valeurs morales transmises dans le cadre de l'enseignement dispensé dans les écoles publiques. À mon avis, une telle interprétation du terme « strictement laïque » ne pourrait résister à un examen judiciaire au regard de la liberté de conscience et de religion garantie par l'art. 2 de la *Charte* et des droits à l'égalité consacrés par l'art. 15.

Therefore, in my view, the dual requirements that education be "secular" and "non-sectarian" refer to keeping the schools free from inculcation or indoctrination in the precepts of any religion, and do not prevent persons with religiously based moral positions on matters of public policy from participating in deliberations concerning moral education in public schools. Regardless of the personal convictions of individual members, the reasons invoked by the Board for refusing to approve the books — notably the fact that parents in the community held certain religious and moral views and the need to respect their constitutional right to freedom of religion and their primary role as educators of their children — raise secular concerns that could properly be considered by the Board.

The discussion above is also consistent with a proper interpretation of the requirement, set out is s. 76 of the *School Act*, that the "highest morality" be inculcated. I agree with Mackenzie J.A. that this notion ought to be defined as a principle that "maintain[s] the allegiance of the whole of society including the plurality of religious adherents and those who are not religious" (para. 35). There can be no doubt that the values expressed in the *Charter* derive from a wide social consensus and should be considered as principles of the "highest morality" within the meaning of s. 76 of the *School Act*. Consequently, public schools in British Columbia are obliged to conform their teaching to *Charter* values, such as the principle of non-discrimination against persons on the basis of their sexual orientation, embodied by s. 15 and affirmed by several decisions of this Court, such as *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, and *Vriend*, *supra*. Such an interpretation is consistent with this Court's approach to the statutory requirement, considered in *Trinity Western*, *supra*, that the British Columbia College of Teachers establish standards for the competence of its members "having regard to the public interest" (para. 11). Iacobucci and Bastarache JJ. held that "the pluralistic nature of society and the extent of diversity in Canada are important elements that must be understood by future teachers because they are the fabric of the society within which teachers operate and the reason why there is a need to respect

Par conséquent, la double exigence que l'éducation soit « laïque » et « non confessionnelle » signifie, à mon avis, que les écoles ne doivent pas servir à l'endoctrinement ou à l'inculcation de préceptes de quelque religion, et elle n'empêche pas les personnes qui, sur des questions d'intérêt public, ont des positions morales d'inspiration religieuse de débattre de l'enseignement moral dans les écoles publiques. Par delà les convictions personnelles de ses membres, les motifs invoqués par le conseil pour refuser d'approuver les manuels, notamment les valeurs morales et religieuses de certains parents de la collectivité et la nécessité de respecter leur droit constitutionnel à la liberté de religion ainsi que leur rôle prépondérant dans l'éducation de leurs enfants, soulèvent des considérations laïques que le conseil pouvait à juste titre examiner. 139

L'analyse qui précède est également compatible avec l'interprétation qu'il convient de donner à l'exigence, énoncée à l'art. 76 de la *School Act*, que les « plus hautes valeurs morales » soient inculquées. Je conviens avec le juge Mackenzie que l'on doit considérer qu'il s'agit d'un principe auquel [TRADUCTION] « adhère l'ensemble de la société, autant les adeptes des diverses religions que les personnes sans religion » (par. 35). Il est indubitable que les valeurs exprimées dans la *Charte* découlent d'un large consensus social et qu'on devrait les considérer comme des principes des « plus hautes valeurs morales » évoquées à l'art. 76 de la *School Act*. Par conséquent, les écoles publiques de la Colombie-Britannique sont tenues d'aligner leur enseignement sur les valeurs énoncées dans la *Charte*, tel le principe de la non-discrimination quant à l'orientation sexuelle, consacré à l'art. 15 et confirmé dans différents arrêts de la Cour, dont *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, et *Vriend*, précité. Cette interprétation est compatible avec l'analyse qu'a faite la Cour de l'exigence législative examinée dans *Trinity Western* (par. 11), selon laquelle le British Columbia College of Teachers devait établir, « compte tenu de l'intérêt public », les normes de compétence de ses membres. Les juges Iacobucci et Bastarache ont statué que « le caractère pluraliste de la société et l'ampleur de la diversité au Canada sont des éléments importants dont les futurs enseignants doivent prendre conscience parce 140

and promote minority rights" (para. 13). Thus, the College of Teachers could properly, in light of the "public interest" requirement, consider alleged discriminatory practices in an institution requesting accreditation of its training program for teachers. Likewise, in my view, it can be said that the requirement of "highest morality" incorporates such fundamental values.

141 However, in the implementation of this general *School Act*-mandated policy of promoting tolerance, the need to strive for an appropriate balance between competing *Charter* rights — in the case at bar, the parents' freedom of religion under s. 2(*a*) and the right of same-sex couples and their children to equality under s. 15 — remains a relevant consideration in the exercise by the School Board of its powers to approve complementary educational resources for local use. Thus, the question becomes whether the Board struck such an appropriate balance between these competing rights, taking into account the entire context, including the contents of the curriculum in its entirety, the framework established by the *School Act* and the nature of the Board's own authority as a delegate of the parents' right to educate their children. This question can only be answered by applying the relevant standard of review to the Board's decision.

V. Standard of Review

142 I agree with the Chief Justice that the standard of review is to be established upon a consideration of the factors under the pragmatic and functional approach and the appropriate standard of review in this case is reasonableness. First, the absence of a privative clause or a legislative direction to defer to the school boards, while consistent with a less deferential standard of review, should be considered in light of the corresponding absence of a clause expressly allowing the decisions of the Board to be appealed before the courts and should not be given undue weight when an administrative decision maker, rather than an adjudicative body,

qu'ils caractérisent la société dans laquelle ils seront appelés à travailler et expliquent pourquoi il est nécessaire pour eux de respecter et de promouvoir les droits des minorités » (par. 13). Ainsi, le College of Teachers pouvait, compte tenu de l'exigence de l'« intérêt public », prendre à juste titre en considération les allégations de pratiques discriminatoires dans un établissement demandant l'agrément d'un programme de formation des enseignants. De même, j'estime que l'on peut dire que l'exigence des « plus hautes valeurs morales » englobe de telles valeurs fondamentales.

Toutefois, dans la mise en œuvre de cette politique générale qu'impose la *School Act* et qui vise à promouvoir la tolérance, le besoin de parvenir à un équilibre approprié entre des droits opposés garantis par la *Charte* — en l'espèce, la liberté de religion garantie aux parents par l'al. 2*a*) et le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 aux couples de même sexe et à leurs enfants — demeure une considération pertinente dans l'exercice par le conseil scolaire de son pouvoir d'approuver des ressources éducatives complémentaires pour usage local. La question est donc de savoir si le conseil a établi un juste équilibre entre ces droits opposés, compte tenu de l'ensemble du contexte, dont le programme global d'études, le cadre établi par la *School Act* et la nature du pouvoir du conseil en tant que délégataire du droit des parents d'éduquer leurs enfants. On ne peut répondre à cette question qu'en appliquant à la décision du conseil la norme de contrôle pertinente.

V. La norme de contrôle

Je conviens avec le Juge en chef que la norme de contrôle doit être celle établie selon un examen des facteurs pertinents dans le cadre de l'approche pragmatique et fonctionnelle et que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Premièrement, l'absence de clause privative ou d'une directive du législateur de s'en remettre au conseil scolaire, même si elle est compatible avec une norme de contrôle qui appelle un degré moins élevé de retenue, devrait être prise en compte à la lumière de l'absence correspondante d'une clause autorisant expressément d'interjeter appel des décisions du conseil devant les tribunaux,

is concerned. Second, the decision to approve the books or not requires the Board to balance the interests of different groups, a function which falls within its core area of expertise as a locally elected representative body. As Major J. stated in *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 35:

> Municipal councillors are elected by the constituents they represent and as such are more conversant with the exigencies of their community than are the courts. The fact that municipal councils are elected representatives of their community, and accountable to their constituents, is relevant in scrutinizing *intra vires* decisions. The reality that municipalities often balance complex and divergent interests in arriving at decisions in the public interest is of similar importance. In short, these considerations warrant that the *intra vires* decisions of municipalities be reviewed upon a deferential standard.

The same considerations apply to an elected school board. As I indicated above, I am of the view that the Board's decision did not contradict the requirements of the *School Act* or the ministerial directives. Thus, it was made within the ambit of the discretion granted by the Act and should normally be reviewed upon a deferential standard.

As the Chief Justice points out, however, the decision also has a significant human rights dimension. This Court has recognized that such decisions ought to be treated with less deference, as the courts have primary expertise in interpreting and applying human rights instruments and balancing fundamental rights claims: see, e.g., *Ross*, *supra*, at para. 24. While I agree with this general approach, I believe courts should be reluctant to assume that they possess greater expertise than administrative decision makers with respect to all questions having a human rights component. In my view, the pragmatic and functional analysis was and is meant to be contextual in nature, and specific factors considered in previous

et on ne devrait pas lui accorder une importance excessive lorsque l'intéressé est non pas un organisme juridictionnel, mais un décideur administratif. Deuxièmement, la décision d'approuver ou non les manuels oblige le conseil à pondérer les intérêts de différents groupes, fonction qui est au cœur même de son expertise en tant qu'organisme représentatif élu localement. Comme le dit le juge Major dans *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 35 :

> Les conseillers municipaux sont élus par les commettants qu'ils représentent et, de ce fait, ils sont plus au courant des exigences de leur collectivité que ne le sont les tribunaux. Le fait que les conseils municipaux sont composés de représentants élus de leur collectivité et, partant, qu'ils sont responsables devant leurs commettants est un élément pertinent de l'examen des décisions prises dans les limites de leur compétence. La réalité qui veut que les municipalités doivent souvent soupeser des intérêts complexes et opposés pour arriver à des décisions conformes à l'intérêt public est tout aussi importante. Bref, les considérations qui précèdent justifient que l'on fasse preuve de retenue dans le cadre de l'examen des décisions prises par les municipalités dans les limites de leur compétence.

Les mêmes considérations s'appliquent à un conseil scolaire élu. Comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que la décision du conseil ne va pas à l'encontre des exigences de la *School Act* ni des directives du ministre. Elle a donc été prise dans les limites du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi et il faudrait normalement faire preuve de retenue dans le cadre de son examen.

Comme le fait toutefois remarquer le Juge en chef, 143
la décision comporte aussi une importante dimension qui touche aux droits de la personne. La Cour a reconnu qu'un degré de retenue moindre s'impose à l'égard de décisions de ce genre puisque les tribunaux possèdent l'expertise essentielle pour interpréter et appliquer les instruments de défense des droits de la personne et soupeser les revendications de droits fondamentaux: voir, par exemple, *Ross*, précité, par. 24. Bien que je souscrive à cette approche générale, je crois que les tribunaux devraient hésiter à présumer que leur expertise est plus vaste que celle des organismes administratifs décisionnels en ce qui concerne les questions qui comportent un

cases, such as the presence of a human rights component, should not be looked at in isolation. Thus, in *Trinity Western*, *supra*, other factors also pointed to a less deferential standard: the legislation empowering the College of Teachers to grant accreditation to teacher training programs expressly subjected its decisions to appellate review and, unlike the School Board in the case at bar, the College of Teachers was not directly elected by citizens. More importantly, courts should recognize that administrative decisions may involve a spectrum of human rights issues, not all of which are within the courts' core area of expertise. *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, leaves no doubt that when administrative tribunals make general determinations of law concerning basic human rights issues and affecting numerous future cases, little or no deference is to be expected. However, in the case at bar, the Board made a largely factual determination with a view to balancing local parental concerns against the broad objective of promoting *Charter* values such as tolerance and respect through a comprehensive educational program spanning several years. In my view, this is the very kind of polycentric decision described by Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and should thus attract greater deference.

144 Third, I agree with the Chief Justice that the purpose for which the legislature granted the Board authority to approve supplementary learning materials was to allow for local input in choosing such materials, and that such purpose should be accorded appropriate weight. However, as I explained above, the presence of human rights issues among the factors relevant to the Board's decision in this case does not defeat this purpose; there is no indication that such exercise of local democracy, when made

aspect touchant aux droits de la personne. À mon avis, l'analyse pragmatique et fonctionnelle était et est censée être de nature contextuelle et les facteurs précis examinés dans des décisions antérieures, comme la présence d'une question liée aux droits de la personne, ne devraient pas être examinés isolément. Ainsi, dans *Trinity Western*, précité, d'autres facteurs indiquaient aussi qu'un degré de retenue moins important s'imposait : la législation qui habilitait le College of Teachers à donner son agrément à des programmes de formation des enseignants assujettissait expressément ses décisions à des contrôles en appel et, contrairement au conseil scolaire en l'espèce, les membres du College of Teachers n'étaient pas directement élus par les citoyens. En particulier, les tribunaux devraient reconnaître que les décisions administratives peuvent comporter une gamme de questions liées aux droits de la personne qui ne relèvent pas toutes de leur domaine d'expertise fondamental. Selon *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, il ne fait aucun doute que lorsque des tribunaux administratifs rendent des décisions générales sur des points de droit concernant des droits fondamentaux de la personne et touchant de nombreuses décisions ultérieures, la situation appelle peu ou pas de retenue. En l'espèce toutefois, le conseil s'est largement appuyé sur les faits pour trouver un compromis entre les inquiétudes des parents et l'objectif général de promouvoir les valeurs consacrées par la *Charte*, telles la tolérance et le respect, grâce à un programme éducatif complet échelonné sur plusieurs années. À mon avis, c'est le type même de décision polycentrique décrite par le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et elle appelle donc un degré de retenue plus important.

Troisièmement, je conviens avec le Juge en chef que c'était pour permettre la participation locale dans le choix des ressources d'apprentissage complémentaires que le législateur a conféré au conseil le pouvoir d'approuver de telles ressources, et qu'il faut accorder à cet objectif le poids approprié. Toutefois, comme je l'ai expliqué, le fait que l'un des facteurs pertinents de la décision du conseil en l'espèce était la présence de questions touchant aux droits de la personne ne fait pas échec à cet

within the boundaries set by the *School Act* and the Minister, is strictly limited to uncontroversial matters. Finally, as mentioned above, the nature of the problem does not involve the strict application of legal rules or the interpretation of law, but a highly contextual and polycentric analysis. Thus, while, as will be explained below, I believe the Board's decision to be justified under a reasonableness standard, it is also my view that the foregoing considerations should inform this Court's examination of this decision.

VI. Reviewing the Three Books Resolution

As stated at the outset, I am of the view that the decision of the School Board was clearly a reasonable one. To explain why, I will revisit one contextual factor, and address several specific factors.

A. *This Case Is About Accommodation or Balancing Between Competing Interests*

Must subject matter involving portrayals of same-sex parents or couples be placed on a list of approved teaching materials for children of five and six years of age? Were such materials approved at the provincial level, any teacher in any school district in British Columbia could, at his or her discretion, employ the materials. In the absence of provincially approved materials, however, individual communities are empowered, by the operation of the *School Act*, to approve or not approve resource materials. Perhaps some parents, as their collective will manifests in the decisions of their elected school trustees, might answer the above question in the affirmative. Other parents may be of the view that this subject matter is too complicated, too "controversial", too far removed and different from their life experiences, too confusing, for children of the tender years of five and six. This parental view will yield a negative response to the above question. Surely it cannot be said that the *Charter* mandates only one educational policy response, especially when the totality of context of the curricula for grades K-12 inclusive

objectif; rien n'indique que, lorsqu'il est effectué dans les limites fixées par la *School Act* et par le ministre, cet exercice de démocratie au niveau local se limite rigoureusement à des questions non controversées. Enfin, comme nous l'avons vu plus haut, la nature du problème n'exige pas l'application stricte de règles juridiques ni l'interprétation de la loi, mais plutôt une analyse éminemment contextuelle et polycentrique. C'est pourquoi même si j'estime, comme je l'expliquerai plus loin, que la décision du conseil est justifiée selon la norme de la décision raisonnable, je suis également d'avis que l'examen de cette décision par la Cour devrait reposer sur les considérations qui précèdent.

VI. Examen de la résolution concernant les trois manuels

Comme je l'ai dit d'entrée de jeu, j'estime que la décision du conseil scolaire était clairement raisonnable. Pour expliquer ma position, je vais revenir sur un facteur contextuel et analyser quelques autres facteurs précis. 145

A. *Il s'agit en l'espèce de concilier ou de pondérer des intérêts opposés*

Le matériel représentant des parents ou des couples de même sexe doit-il être inscrit sur la liste du matériel d'enseignement approuvé qui est destiné aux enfants de cinq et six ans? Si un tel matériel était approuvé au niveau provincial, tout enseignant dans tout district scolaire de la Colombie-Britannique pourrait, à sa discrétion, l'utiliser. Toutefois, en l'absence de matériel approuvé au niveau provincial, les diverses collectivités sont habilitées, par la *School Act*, à approuver ou non les ressources documentaires. Certains parents pourraient, par l'entremise des décisions de leurs conseillers scolaires élus exprimant leur volonté collective, répondre à la question qui précède par l'affirmative. D'autres parents pourraient considérer que cette question est trop compliquée, trop « controversée », trop différente et éloignée de leurs expériences de vie, trop difficile à comprendre pour des enfants aussi jeunes que cinq et six ans. Un tel point de vue appellera une réponse négative à la question qui précède. On ne peut certes pas affirmer que la *Charte* ne permet qu'une seule réponse en matière de politique de l'enseignement, 146

are considered. Also, as noted above, with regard to the disapproval of decisions made, either at the provincial or local level, recourse can be sought, as it is on most matters of public policy, at the ballot box.

147 The School Board was clearly caught between two vocal and passionate sides in this dispute. As was discussed above, accommodation is the overarching factor in the case at bar. Clearly, this case involves competing interests: those of parents in same-sex relationships and certain teachers, such as Mr. Chamberlain, who desire to have books portraying parents in same-sex relationships employed in K-1, and those of parents who are concerned about the use of such material in classrooms with children of such a young age. I am of the view, on these facts, that while it would not have been unconstitutional to approve the Three Books for use as educational resources, it is similarly not unconstitutional not to approve the books. The *Charter* does not demand that five- and six-year-olds be exposed to parents in same-sex relationships within a dimension of a school curriculum. Nor, explicitly, does the curriculum itself. Therefore, any decision as to whether and when such subject matter is raised in the classroom is left to the operation of the *School Act*. As discussed above, in the absence of approval of material addressing the subject matter at the provincial level, school boards have a discretion to approve or not approve complementary educational materials: the nature of the division of responsibilities between the provincial Ministry of Education and the school boards is clear. Underpinning and prior to this division of responsibilities, however, is the primary and paramount role of parents in the moral education of their children: state interests, be they provincial or local, are subsidiary to those of parents in the education context.

148 In addition, as I mentioned above, the PP curriculum itself expressly recognizes that "[t]he family

en particulier compte tenu de l'ensemble du programme d'études de la maternelle à la douzième année. De plus, comme nous l'avons fait remarquer, la désapprobation à l'égard des décisions prises au niveau provincial ou local peut, comme c'est le cas pour la plupart des questions d'intérêt public, s'exprimer lors du scrutin.

Dans le présent litige, le conseil scolaire était clairement pris entre deux groupes passionnés et actifs. Comme nous l'avons vu, l'accommodement est le facteur primordial en l'espèce. Nous sommes manifestement en présence d'intérêts opposés : d'une part, les intérêts des parents formant un couple de même sexe et certains enseignants, comme M. Chamberlain, qui désirent que des manuels représentant des parents qui sont des conjoints de même sexe soient employés en maternelle et en première année; d'autre part, les intérêts des parents qui s'inquiètent de l'utilisation de tel matériel didactique dans des classes où les enfants sont aussi jeunes. En regard de ces faits, j'estime que, même s'il n'aurait pas été inconstitutionnel d'approuver les trois manuels comme ressources éducatives, il n'est pas non plus inconstitutionnel de ne pas les approuver. La *Charte* n'exige pas que l'on aborde avec les enfants de cinq et six ans, dans le cadre d'un programme scolaire, la question des parents formant un couple de même sexe. Pas plus d'ailleurs que ne l'exige expressément le programme lui-même. Par conséquent, toute décision quant à savoir si et quand un tel sujet doit être abordé en classe dépend de l'application de la *School Act*. Comme nous l'avons vu, en l'absence de l'approbation au niveau provincial de matériel didactique traitant de cette question, les conseils scolaires ont le pouvoir discrétionnaire d'approuver ou non le matériel didactique complémentaire : la nature du partage des responsabilités entre le ministre de l'Éducation de la province et les conseils scolaires est claire. Mais auparavant et à la base même de ce partage intervient le rôle primordial et fondamental des parents dans l'éducation morale de leurs enfants : en matière d'éducation, les intérêts de l'État, qu'ils soient locaux ou provinciaux, sont tributaires de ceux des parents.

De plus, comme je l'ai indiqué, le programme FP reconnaît lui-même expressément que

is the primary educator in the development of children's attitudes and values" (p. 6) and sets forth several guidelines for dealing with "sensitive issues". Notably, it recommends that teachers "[i]nform parents of the objectives of the curriculum before addressing any sensitive issues in the classroom and provide opportunities for parents to be involved in their children's learning", "[e]xplore alternatives to allow parents to share the responsibility for student attainment of the Personal Development learning outcomes", and "[o]btain the support of the school administration before beginning instruction on any potentially sensitive issues" (p. 6). In addition, while "[a]ll resources on the Ministry's *recommended* list have been thoroughly screened for social concerns from a provincial perspective", "teachers must consider the appropriateness of any resource from the perspective of the local community" (p. 188 (emphasis added)). Thus, the curriculum established by the Minister clearly contemplates that even provincially approved resources may be considered inappropriate for use in certain local communities, and that parental concerns about such "sensitive issues" constitute a valid and proper consideration in the exercise of the teacher's discretion to use such materials. In my view, there appears to be no reason why such concerns or controversy could not equally be considered by the school board in deciding whether to approve complementary materials for local use.

[TRADUCTION] : « la famille exerce une influence prépondérante sur le développement des attitudes et des valeurs chez l'enfant » (p. 6) et donne plusieurs directives pour aborder des « questions délicates ». Voici certaines de ses recommandations aux enseignants [TRADUCTION] : « [r]enseigner les parents sur les objectifs du programme d'études avant d'aborder des questions délicates en classe et leur fournir des occasions de participer aux apprentissages de leurs enfants », « [e]xplorer des solutions de rechange pour permettre aux parents d'aider l'élève à atteindre les résultats d'apprentissage prescrits pour la composante "Épanouissement personnel" » et « [o]btenir le soutien de l'administration scolaire avant de traiter de sujets qui peuvent être jugés délicats » (p. 6). De plus, même si [TRADUCTION] « [t]outes les ressources figurant sur la liste des *recommandations* du ministère ont été passées au crible compte tenu des préoccupations de la province », « les enseignants doivent prendre en considération le point de vue de la collectivité locale pour juger de la valeur d'une ressource » (p. 188 (je souligne)). Ainsi, le programme d'études élaboré par le ministre prévoit clairement que même des ressources approuvées par la province peuvent être jugées contre-indiquées pour certaines collectivités locales et que les préoccupations des parents au sujet de « questions délicates » représentent un facteur dont l'enseignant peut valablement tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'utiliser ce type de matériel didactique. À mon avis, il n'y a aucune raison qu'un conseil scolaire ne puisse pas aussi prendre en compte ces préoccupations ou controverses lorsqu'il décide s'il y a lieu d'approuver le matériel didactique complémentaire pour usage local.

Are the books "controversial"? If so, how? They are alleged to be controversial since they deal with the subject matter of parents in a same-sex relationship. Is choosing to not approve books which portray parents in a same-sex relationship something capable of being done in pursuit of the "highest morality"? In my view, it is clear, as per the reasons of the Court of Appeal below, that a proper understanding of the "highest morality" must include the principle of non-discrimination. But, does the failure to portray same-sex parents at all to K-1 students result in

Les manuels sont-ils « controversés »? Si oui, 149
en quoi le sont-ils? On allègue qu'ils sont controversés parce qu'ils traitent de la question des parents formant un couple de même sexe. Peut-on, dans la poursuite des « plus hautes valeurs morales », choisir de ne pas approuver des manuels représentant des parents qui sont des conjoints de même sexe? À mon avis, il est clair, d'après les motifs de la Cour d'appel, qu'on ne peut bien comprendre ce qu'on entend par « les plus hautes valeurs morales » sans y inclure le principe de

discrimination? If so, how must same-sex parents be portrayed? Must they be just shown to exist as one family model amongst many, or must they be portrayed as "morally equivalent" to heterosexual parents? Is a distinction between these two methods of portrayal possible when the target audience is comprised of five- and six-year-old children?

non-discrimination. Cependant, est-ce faire preuve de discrimination que de ne pas illustrer des parents de même sexe à des enfants de maternelle et de première année? Dans l'affirmative, comment doit-on représenter ces parents? Doit-on les présenter comme un modèle familial parmi d'autres ou comme l'« équivalent moral » des parents hétérosexuels? Est-il possible de faire une distinction entre ces deux méthodes de représentation lorsque l'auditoire cible est formé d'enfants de cinq et six ans?

150 The moral status of same-sex relationships is controversial: to say otherwise is to ignore the reality of competing beliefs which led to this case. This moral debate, however, is clearly distinct from the very clear proposition that no persons are to be discriminated against on the basis of sexual orientation. The appellants, using the courts, seek to make this controversial moral issue uncontroversial by saying that s. 15 and "*Charter* values" are required to eradicate moral beliefs, because the hypothesis is that possible future acts of discrimination are likely to emanate from such beliefs. This is not, however, necessarily true. As discussed above, many persons are staunchly committed to the principle of non-discrimination and the inherent dignity of all persons, and yet concurrently hold views which disapprove of the conduct of some persons. To permit the courts to wade into this debate risks seeing s. 15 protection against discrimination based upon sexual orientation being employed aggressively to trump s. 2(*a*) protection of the freedom of religion and conscience, as well as s. 15 protection against discrimination based on conscience, religious or otherwise. This would be a reading of the *Charter* that is inconsistent with the case law of this Court, which does not permit a hierarchy of rights, as well as inconsistent with the purpose of the *Charter* itself.

La valeur morale de l'union de deux personnes de même sexe est controversée : affirmer le contraire équivaut à fermer les yeux sur la réalité des croyances opposées qui sont à l'origine de la présente affaire. Ce débat moral, toutefois, se distingue nettement de l'affirmation très claire que nul ne peut faire l'objet de discrimination du fait de son orientation sexuelle. Les appelants s'adressent aux tribunaux pour chercher à dissiper la controverse sur cette question morale en affirmant que l'art. 15 et les « valeurs consacrées par la *Charte* » sont nécessaires pour écarter certaines croyances morales, qui pourraient être à l'origine d'actes discriminatoires dans l'avenir. Or, ce n'est pas nécessairement vrai. Comme nous l'avons vu, nombreux sont les défenseurs fermement engagés du principe de la non-discrimination et de la dignité inhérente de tout être humain qui, en même temps, désapprouvent la conduite de certaines personnes. Permettre aux tribunaux de s'engager dans ce débat comporte le risque que la protection de l'art. 15 contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle soit systématiquement invoquée pour contrecarrer la liberté de religion et de conscience garantie par l'al. 2*a*) ainsi que la protection garantie par l'art. 15 contre la discrimination fondée sur des convictions personnelles, religieuses ou autres. Une telle interprétation de la *Charte* serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour, qui ne permet pas l'établissement d'une hiérarchie des droits, ainsi qu'avec l'objet même de la *Charte*.

151 The "controversy" or parental concern to which the School Board was responding when it decided to not approve the Three Books revolves, in my view, around two factors: (1) the nature of the portrayal

La « controverse » ou l'inquiétude des parents dont le conseil scolaire a tenu compte lorsqu'il a décidé de ne pas approuver les trois manuels repose, à mon avis, sur deux facteurs: (1) la façon

of same-sex parents in the Three Books; and (2) the capacity of K-1 age students to interpret this portrayal. It is clear that the books have normative content, but the question is what content is perceived by five- and six-year-olds, a determination which must be addressed from the perspective of parents, who are the arbiters of such a question.

I note finally that judicial review as to constitutionality is about what is essential, constitutionally mandated, rather than what may or may not be desirable as a matter of educational policy or personal preference. This case is not about whether or not this Court thinks that it would be preferable, as a pedagogical question, that the Three Books be approved. On this point, I note a relevant comment, within the majority reasons of Burger C.J. in the U.S. Supreme Court case of *Wisconsin v. Yoder*, *supra*, that: "courts are not school boards or legislatures, and are ill-equipped to determine the 'necessity' of discrete aspects of a State's program of compulsory education" (p. 235). Moreover, in my view, the standard of reasonableness *simpliciter* is normally associated with cases where there are a number of reasonable outcomes among which the decision maker is entitled to choose. Thus, courts should be wary of using this standard to effectively constrain the decision maker to a single specific outcome. This accords with the general approach to judicial review of administrative action adopted by this Court. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, Iacobucci J., after describing this standard, wrote for a unanimous Court, at para. 80:

[A] reviewer, and even one who has embarked upon review on a standard of reasonableness *simpliciter*, will often be tempted to find some way to intervene when the reviewer him- or herself would have come to a conclusion opposite to the tribunal's. Appellate courts must resist such temptations. . . . Judicial restraint is needed if a cohesive, rational, and, I believe, sensible system of judicial review is to be fashioned.

dont sont représentés les parents de même sexe dans les trois manuels et (2) la capacité des élèves de maternelle et de première année de comprendre cette représentation. Il est clair que les manuels ont un contenu normatif, mais ce qu'il faut se demander, c'est ce que comprennent des enfants de cinq et six ans, détermination qui doit être faite du point de vue des parents, qui sont les arbitres de cette question.

152 Je souligne enfin que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité consiste à déterminer ce qui constitue une obligation constitutionnelle, essentielle, plutôt que ce qui peut être souhaitable ou non en matière d'éducation ou de préférence personnelle. Il ne s'agit pas en l'espèce pour la Cour de déterminer s'il serait préférable, d'un point de vue pédagogique, que les trois manuels soient approuvés. Je signale à cet égard un commentaire pertinent du juge en chef Burger dans ses motifs au nom de la majorité dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Wisconsin c. Yoder*, précité : [TRADUCTION] « les tribunaux ne sont pas des conseils scolaires ni des législateurs et ils sont mal outillés pour déterminer la "nécessité" des différents volets d'un programme d'éducation obligatoire mis sur pied par l'État » (p. 235). Par ailleurs, à mon avis, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique normalement dans les cas où le décideur peut choisir entre différents résultats raisonnables. Ainsi, les tribunaux devraient hésiter à l'utiliser pour limiter dans les faits le décideur à un seul résultat donné. Cela concorde avec l'approche générale de la Cour à l'égard du contrôle judiciaire de l'action administrative. Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, le juge Iacobucci a rédigé la décision unanime de la Cour où il a décrit cette norme, au par. 80 :

[L]e décideur chargé du contrôle de la décision, et même un décideur appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, sera souvent tenté de trouver un moyen d'intervenir dans les cas où il aurait lui-même tiré la conclusion contraire. Les cours d'appel doivent résister à cette tentation. [. . .] La retenue judiciaire s'impose si l'on veut façonner un système de contrôle judiciaire cohérent, rationnel et, à mon sens, judicieux.

B. *The School Board's Decision Was Reasonable*

153 Since a school board is not a court or tribunal, it does not give detailed reasons to support the decisions in its resolutions. When facing a school board decision, courts are thus forced to read into what went on, with some speculation. Much of the justifying provided has clearly benefited from such hindsight. It has been established, however, that the Board was generally motivated by concerns related to age appropriateness and parental concern.

1. Role of the School Board

154 As developed at length above, it is well established in Canadian law that parents have the primary authority and responsibility for the moral and religious education of their children, and that responsibility is then delegated to teachers, administrators and schools: the state's interest is secondary. In the context of the case at bar, the School Board is an instrument by which, in the absence of an already clearly developed consensus at the provincial level (whether pertaining to curriculum subject matter or to education resource materials), consensus is developed locally, a reflection of what parents deem is in their children's best interests. These determinations must be consistent with the framework of the curriculum developed by the province, and, in my view, also complement that framework by permitting a more localized evaluation, based upon an individualized parental examination of their children's needs.

155 This understanding of shared authority, in my view, is clearly inherent in the nature of the *School Act* itself, insofar as the *School Act* permits, in the absence of provincial selection of learning resources, room for local selection of complementary "educational resource materials": local variation exists to respond to views of local communities and parents. Note that Ministerial Orders reproduced above refer to "educational resources materials that the board considers are appropriate" (emphasis added). This must have some significance. If not, this case would

B. *La décision du conseil scolaire était raisonnable*

N'étant ni une cour de justice ni un tribunal administratif, le conseil scolaire n'a pas à motiver en détail ses décisions dans ses résolutions. Saisis d'une décision rendue par un conseil scolaire, les tribunaux sont donc obligés de faire certaines conjectures pour déterminer ce qui s'est passé. Une bonne partie des justifications avancées ont manifestement bénéficié d'une telle analyse rétrospective. Il a toutefois été établi que le conseil était de façon générale motivé par des considérations liées à la catégorie d'âge visée et aux préoccupations des parents.

1. Le rôle du conseil scolaire

Comme il ressort de la longue analyse qui précède, il est bien établi en droit canadien que les parents sont les principaux responsables de l'éducation morale et religieuse de leurs enfants et que cette responsabilité est ensuite déléguée aux enseignants, aux administrateurs et aux écoles : l'intérêt de l'État est secondaire. En l'espèce, le conseil scolaire est un instrument qui permet, en l'absence d'un consensus clair au niveau provincial (que ce soit sur une question liée au programme d'études ou aux ressources documentaires éducatives), d'obtenir un consensus au niveau local, d'exprimer ce que les parents considèrent comme l'intérêt de leurs enfants. Les décisions prises à cet égard doivent s'inscrire dans le cadre du programme d'études élaboré par la province et, à mon avis, compléter ce cadre en permettant une évaluation plus locale, fondée sur un examen individualisé par les parents des besoins de leurs enfants.

Cette interprétation du partage des responsabilités découle clairement, selon moi, de la nature même de la *School Act* dans la mesure où celle-ci permet la sélection des « ressources documentaires éducatives » complémentaires au niveau local lorsque la province ne choisit pas les ressources d'apprentissage : les variations locales visent à tenir compte des points de vue des parents et des collectivités locales. Soulignons qu'il est question dans les arrêtés ministériels reproduits plus haut des [TRADUCTION] « ressources documentaires

provide an odd logic: in the absence of the development of consensus regarding curriculum subject matter or resources at the provincial approval level, can parents, teachers or interest groups, who perhaps would not have succeeded at the provincial level (note that Mr. Chamberlain did first bring his request to the Ministry of Education), demand for a particular subject matter or resource for a particular age level to be addressed or employed at the local level, when that local level is precisely an environment within which it is highly likely that parents will be concerned and highly unlikely to voluntarily choose to employ such material at such a young age? Does the *Charter* dictate the minutia of school curricula such as to dictate whether material must be treated in K-1 rather than possibly at a later grade level? Specifically, does it require that all types of families be depicted in K-1? In my view, the answer is no.

éducatives [. . .] qui, selon le conseil, conviennent aux élèves » (je souligne). Cela doit avoir une certaine importance. Sinon, la logique en l'espèce serait plutôt bizarre : en l'absence de consensus quant aux sujets devant faire partie du programme d'études ou quant aux ressources approuvées par la province, les parents, les enseignants ou les groupes d'intérêt qui n'auraient peut-être pas réussi au niveau provincial (soulignons que M. Chamberlain a tout d'abord soumis sa demande au ministre de l'Éducation) peuvent-ils exiger qu'un certain sujet soit abordé ou qu'une ressource particulière soit utilisée au niveau local pour un groupe d'âge donné, alors que c'est précisément au niveau local que les parents s'inquiéteront fort probablement de l'utilisation d'un tel matériel didactique pour de si jeunes enfants et ne choisiront fort probablement pas d'eux-mêmes de l'utiliser? La *Charte* dicte-t-elle les moindres détails du programme d'études, jusqu'à préciser si tel matériel devrait être utilisé en maternelle et en première année plutôt qu'à un niveau plus élevé? Plus précisément, exige-t-elle que tous les types de familles soient présentés en maternelle et en première année? À mon avis, la réponse est non.

The School Board had two choices: to approve or not to approve, that was the question. The appellants' argument seems to tend towards the conclusion that the School Board had no choice but to approve the books. What is a better educational choice, permit the Three Books to be taught in K-1 against the wishes of some parents and then provide for the exclusion of certain children from the class as suggested by the appellants, or to teach a general lesson about tolerance and respect for people by less controversial means and leave the issue of parents in same-sex relationships and homosexuality for a time when students are better positioned to address the issues involved and better positioned to reconcile the potentially incongruous messages they may be receiving on this subject matter? The choice is difficult. The choice, however, was specifically intended to be made locally, as the *School Act* envisages.

156 Le conseil scolaire avait deux choix : approuver les manuels ou ne pas les approuver, telle était la question. Si l'on s'en tient aux arguments des appelants, le conseil scolaire n'avait d'autre choix que d'approuver les manuels. Quelle est la meilleure décision en matière d'éducation : permettre que les trois manuels soient utilisés en maternelle et en première année à l'encontre des désirs de certains parents et ensuite exclure certains enfants de la classe comme l'ont proposé les appelants, ou enseigner la tolérance et le respect d'autrui par des méthodes moins controversées et n'aborder la question de l'homosexualité et celle des parents formant un couple de même sexe qu'à un moment où les élèves sont plus aptes à comprendre les questions en cause et plus en mesure de concilier les messages potentiellement contradictoires qu'ils peuvent recevoir sur ces questions? Le choix est difficile. Toutefois, ce choix devait essentiellement être fait au niveau local, comme le prévoit la *School Act*.

The views of school trustees may vary from area to area and may differ regarding the appropriateness

157 Les opinions des conseillers scolaires peuvent varier d'une région à l'autre, notamment en ce

of particular materials in their district. The views of individual trustees within a district will also likely vary, and as on all matters of policy, decisions will need to be reached by consensus or, when necessary, by vote. Not only does this reality permit a recognition of differing views held by various communities within the province, but such variation is specifically envisioned by the operation of the *School Act*. This *status quo*, not unexpectedly, will result in some local variation between districts in the nature of the "educational resource materials" lists. For example, the trial judge noted, at para. 97, that two of the Three Books have been approved for use in other school districts in B.C. Any local list, however, must be consistent with the general framework of the curriculum, and must certainly not include materials which contradict the demands of the curriculum. Lastly, any local variation, like the provincial curriculum itself, is not static: school trustees, like provincial politicians, will ultimately face the consequences of their decisions at the ballot box.

qui concerne la pertinence de certaines ressources didactiques dans leur district. Elles peuvent aussi varier au sein d'un même district et les décisions devront être prises par consensus ou, le cas échéant, par vote, comme c'est le cas pour toutes les questions de politique. Non seulement cette réalité permet-elle de reconnaître les différents points de vue des diverses collectivités de la province, mais la *School Act* envisage expressément de telles différences. Il n'est donc pas étonnant que ce statu quo entraîne des différences au niveau local entre les districts quant à la nature des listes des « ressources documentaires éducatives ». Par exemple, le juge de première instance a souligné, au par. 97, que l'utilisation de deux des trois manuels a été approuvée dans d'autres districts scolaires de la Colombie-Britannique. Toute liste locale doit toutefois cadrer avec le programme d'études et ne peut certes pas comporter des documents qui vont à l'encontre des exigences du programme. Enfin, toute variante locale, comme c'est le cas du programme provincial lui-même, n'est pas immuable : les conseillers scolaires, comme les politiciens provinciaux, devront ultimement faire face aux conséquences de leurs décisions au moment des élections.

158 When the School Board engages in the local evaluation of complementary "educational resource materials", they are governed by Regulation 8800.1, which sets out the criteria and procedure for evaluation. The key dimensions of that regulation demand that the learning resources be "relevant to the learning outcomes and content of the course or courses", "appropriate in terms of the age, maturity, and learning needs of the student for whom it is intended", "appropriate for the particular community in which it will be used", and "fair, objective, free from gratuitous violence, propaganda and discrimination, except where a teaching/learning situation requires illustrative material to develop critical thinking". The procedure for obtaining approval is also found in that regulation. It preliminarily addresses that responsibility for selecting resources rests with the Superintendent of Schools and other professional staff employed by the Board. It also states that on "controversial matters", the Board "expects that good professional judgement will be exercised and that there will be consultation with others, including

Lorsqu'il procède à l'évaluation locale des « ressources documentaires éducatives » complémentaires, le conseil scolaire doit se conformer au règlement 8800.1, lequel formule les critères et procédures d'évaluation. Les éléments essentiels de ce règlement sont que les ressources d'apprentissage [TRADUCTION] « correspondent aux résultats d'apprentissage et au contenu des cours », « conviennent à la catégorie d'âge visée, à la maturité et aux besoins d'apprentissage de l'élève auquel elles sont destinées », « sont appropriées pour la collectivité dans laquelle elles seront utilisées » et « sont justes, objectives, exemptes de violence gratuite, de propagande et de discrimination, sauf dans les cas où une situation d'enseignement et d'apprentissage nécessite du matériel explicatif pour développer une pensée critique ». Le règlement prévoit également la procédure à suivre pour obtenir l'approbation du matériel. Il indique tout d'abord que la responsabilité de la sélection des ressources incombe au directeur général de l'enseignement et aux autres employés professionnels du conseil. Il précise en outre que, pour les

parents and professional colleagues where deemed appropriate". Regulation 8800.1 is complemented by Policy 8425, which specifically addresses materials selection for the PP curriculum. It reiterates the need for "age and developmentally appropriate" materials and also reiterates the need to involve parents, students and staff in the materials review process.

« sujets controversés », le conseil [TRADUCTION] « s'attend à l'exercice du jugement professionnel et à la consultation d'autres intéressés, dont les parents et les collègues professionnels, au besoin ». Le règlement 8800.1 est complété par la politique 8425 qui concerne tout spécialement la sélection du matériel didactique pour le programme FP. Elle rappelle qu'il est nécessaire de s'en tenir aux ressources [TRADUCTION] « qui conviennent à la catégorie d'âge visée et à l'épanouissement des élèves » et, en outre, de faire participer les parents, les élèves et le personnel à l'examen du matériel didactique.

2. Reasons Given by the Superintendent and the Board, and their Relevance to the Curriculum Requirements

2. Les motifs du directeur général et du conseil et leur pertinence pour les exigences du programme d'études

The initial request for approval of the Three Books by Mr. Chamberlain was addressed by the ESC, as demanded by Regulation 8800.1. The ESC was headed by Superintendent Renihan. He expressed his position on the Three Books as follows:

La demande initiale d'approbation des trois manuels présentée par M. Chamberlain a été examinée par le CSE, conformément au règlement 8800.1. Le CSE était présidé par le directeur général Renihan. Ce dernier a exprimé sa position sur les trois manuels : 159

Based on my experience in education and curriculum, particularly my experience as Assistant Deputy Minister, Curriculum and Evaluation (1989 to 1993) and Executive Director, Curriculum and Instruction (1987 to 1998) for the Department of Education, Province of Saskatchewan, I questioned whether the Three Books were appropriate for the Kindergarten and Grade One level. The PP K-7 curriculum refers to family models but does not specifically address homosexuality or same-sex couples. In my view, the Three Books were not necessary to achieve the learning objectives of the PP K-7 curriculum. I was of the view that if the Ministry had intended that homosexuality and/or family models involving same-sex couples be a component of the PP K-7 curriculum for Kindergarten and Grade One, given the contentious and sensitive nature of the topic, such would have been expressly included in the Ministry's PP K-7 Integrated Resource Package ("IRP"). As the Ministry had not specifically included such in the IRP or included any other resources on homosexuality or same-sex couples for K-1, I anticipated that any decision by the District to approve such would be very controversial amongst parents in the District and a decision in this regard must come from the Board as elected representatives of the community. I was also concerned that the right of parents to be the primary educators in the development of attitudes and values of Kindergarten and Grade One children be maintained. I found it difficult to conclude that by approving the Three

[TRADUCTION] Me fondant sur mon expérience en matière d'éducation et de programme d'études, notamment lorsque j'ai occupé les postes de sous-ministre adjoint, programme d'études et évaluation (1989 à 1993), et de directeur exécutif, programme d'études et instruction (1987 à 1998) pour le ministère de l'Éducation de la Saskatchewan, je me suis demandé si les trois manuels convenaient pour la maternelle et la première année. Le programme de Formation personnelle M à 7 traite des modèles familiaux mais n'aborde pas expressément la question de l'homosexualité ni celle des couples de même sexe. À mon avis, les trois manuels n'étaient pas nécessaires à l'atteinte des objectifs d'apprentissage du programme FP M à 7. J'estimais que, si le ministère avait voulu que l'homosexualité et/ou les modèles de familles homoparentales fassent partie du programme FP M à 7, vu la nature litigieuse et délicate du sujet, il l'aurait expressément mentionné dans l'Ensemble de ressources intégrées (« ERI ») du ministère. Il ne l'a pas fait et il n'a pas inclus non plus d'autre matériel sur l'homosexualité ou les couples de même sexe pour la maternelle et la première année. J'ai donc pensé que toute décision du district d'approuver de tels manuels provoquerait une vive controverse chez les parents du district et qu'une décision à cet égard doit émaner des membres du conseil en tant que représentants élus de la collectivité. Je voulais également préserver le droit des parents d'être les principaux éducateurs pour le

Books for Kindergarten and Grade One, the school would be providing a supportive role and maintaining a partnership between home and school.

Notably, he was of the view that the books were likely not age appropriate, that they were not necessary to meet the objectives of the PP curriculum, and that parents were likely to be concerned about the approval of such materials, especially given the lack of any similar approved materials at the provincial level. As stated in Superintendent Renihan's affidavit, his professional opinion was generally concurred with by the other members of the ESC:

Given the review of the Three Books by Dr. Cynthia Lewis, Maureen MacDonald, the EDC, Dr. Wayne Taylor and myself, and our collective concerns, it was decided to not recommend approval of the Three Books to the Board and specifically to word the Administrative Memorandum to go to the Board along with the Three books as only requesting "that the Board consider the (Three Books)". [Emphasis in original.]

This sending of the issue to the Board is consistent with both Regulation 8800.1 and Policy 8425.

160 The Board then considered the Three Books. The lack of a "recommendation to approve" from the ESC was a factor considered by the trustees: Trustee Polak stated "I was cognizant that senior District staff . . . are highly qualified in the areas of curriculum required learning resources and the fact that such were not recommending approval was duly noted."

161 Four of the six trustees were of the view that the Three Books were not appropriate for K-1 students. The School Board did not have all of the expert views before them that are found in the record. These four trustees voted their conscience, unable to conclude, based on their perception of parental concern and the demands of the curriculum, that such educational materials ought to be approved for K-1. Responding to parental concern is a valid and secular concern. Two other trustees voted against

développement des attitudes et des valeurs chez les enfants de maternelle et de première année. Il m'était difficile de conclure que, si l'école approuvait les trois manuels pour la maternelle et la première année, elle jouerait un rôle de soutien et maintiendrait le partenariat entre la maison et l'école.

Il estimait notamment que les manuels ne convenaient vraisemblablement pas à la catégorie d'âge visée, qu'ils n'étaient pas nécessaires pour l'atteinte des objectifs du programme FP et que leur approbation inquiéterait vraisemblablement les parents, vu en particulier qu'aucun matériel analogue n'a été approuvé au niveau provincial. Comme il le mentionne dans son affidavit, les autres membres du CSE ont, de façon générale, souscrit à son opinion professionnelle:

[TRADUCTION] Après examen des trois manuels par Cynthia Lewis, Maureen MacDonald, le CSE, Wayne Taylor et moi-même, et compte tenu de nos préoccupations communes, nous avons décidé de ne pas recommander au conseil d'approuver les trois manuels et, en particulier, de seulement demander dans le mémo joint aux trois manuels et adressé au conseil que « le conseil examine (les trois manuels) ». [Souligné dans l'original.]

Le renvoi de la question au conseil est conforme au règlement 8800.1 et à la politique 8425.

Le conseil a ensuite examiné les trois manuels. Les conseillers ont tenu compte du fait que le CSE n'avait pas « recommandé d'approuver » les manuels : la conseillère Polak a dit qu'elle [TRADUCTION] « savait que les cadres du district [. . .] sont hautement qualifiés en ce qui concerne les ressources d'apprentissage prescrites pour le programme d'études et [qu'elle] a dûment pris note du fait qu'ils n'avaient pas recommandé l'approbation des manuels ».

Quatre des six conseillers estimaient que les trois manuels ne convenaient pas pour des élèves de maternelle et de première année. Le conseil scolaire ne disposait pas de tous les avis d'experts qui ont été versés au dossier. Ces quatre conseillers ont voté selon leur conscience, incapables de conclure, en se fondant sur ce qu'ils comprenaient des inquiétudes des parents et des exigences du programme d'études, que de tels documents éducatifs devaient être approuvés pour la maternelle et la première année.

the Resolution, in favour of approving the Three Books.

Trustee Mary R. Polak states in her affidavit that:

The questions that I considered relevant to the Three Books Motion were:

1. Do the Three Books deal with the subject matter in a way that is appropriate given the age and developmental maturity of Kindergarten and Grade One children and the learning needs of these children;

2. Are the Three Books necessary given the required learning outcomes for Personal Planning K-7; and

3. Do the Three Books deal with the subject matter in a way that reflects the needs and values of the Surrey community including parents?

Such concerns are clearly appropriate, and consistent with the *School Act* and Regulation 8800.1 and Policy 8425.

Further, Trustee Polak's affidavit, certified as accurate within Superintendent Renihan's affidavit, describes as follows the various arguments given by the trustees in favour of their respective positions. It states:

The discussion of the Board focused on the fact that the Three Books raise issues of a sensitive nature which parents must be involved in, and their concerns given weight, in accordance with Policy 8800 and the Regulation thereto and also new Policy 8425.

Trustee Chisholm indicated to the Board that he would not support the Three Books Motion because the Three Books were only going to be used to initiate discussion in the classroom.

Trustee Stilwell responded to Mr. Chisholm by indicating that her concern was exactly as stated by Mr. Chisholm, the Three Books would initiate discussion on a sensitive issue, without involving parents. Trustee Stilwell stated that in her view initiating discussion in the classroom on this sensitive topic without including parents would be wrong.

Les préoccupations des parents constituaient une considération valide et laïque. Les deux autres conseillers ont voté contre la résolution, en faveur de l'approbation des trois manuels.

La conseillère Mary R. Polak dit dans son affidavit : 162

[TRADUCTION] Les questions qui, à mon avis se rapportent à la motion concernant les trois manuels sont les suivantes :

1. Les trois manuels abordent-ils le sujet d'une manière appropriée compte tenu de l'âge et de la maturité des enfants de maternelle et de première année ainsi que de leurs besoins d'apprentissage?

2. Les trois manuels sont-ils nécessaires compte tenu des résultats d'apprentissage prescrits pour le programme de Formation personnelle de la maternelle à la septième année?

3. Les trois manuels abordent-ils le sujet d'une manière qui tienne compte des besoins et des valeurs de la collectivité de Surrey, y compris les parents?

Il est clair que ces considérations sont appropriées et cadrent avec la *School Act*, le règlement 8800.1 et la politique 8425.

De plus, dans son affidavit, dont l'exactitude est attestée dans l'affidavit du directeur général Renihan, la conseillère Polak décrit les divers arguments avancés par les conseillers pour étayer leur position respective : 163

[TRADUCTION] La discussion du conseil a porté principalement sur le fait que les trois manuels soulèvent des questions de nature délicate qui commandent la participation des parents et la prise en compte de leurs préoccupations, conformément à la politique 8800 et son règlement d'application ainsi qu'à la nouvelle politique 8425.

Le conseiller Chisholm a indiqué au conseil qu'il n'appuierait pas la motion concernant les trois manuels parce qu'ils n'allaient servir qu'à amorcer la discussion en classe.

La conseillère Stilwell a répondu à M. Chisholm que c'était exactement ce qui la préoccupait: les trois manuels serviraient à amorcer une discussion sur une question délicate, sans la participation des parents. Elle a déclaré qu'il ne serait pas indiqué, à son avis, d'engager en classe une discussion sur ce sujet délicat sans faire intervenir les parents.

Trustee Tymoschuk spoke in support of the Three Books Motion. He indicated that he had two key concerns with approval of the Three Books as instructional learning resources for Kindergarten and Grade One. His first concern was that if the Board approved the Three Books, all Kindergarten and Grade one students in the District would be exposed to the issues raised by such. There would be little or no choice for parents with respect to whether they desired to have their children exposed to such issues. Secondly, Trustee Tymoschuk indicated to the Board that he had "done his homework" prior to the meeting. He indicated that he had read the Three Books at least twice together with his wife. At that time, Trustee Tymoschuk had a child in Kindergarten and he stated to the Board that he and his wife had reviewed the Three Books as parents. He indicated that he and his wife had come to the conclusion that the Three Books were not age appropriate for Kindergarten and Grade One because they could create confusion and conflict. He expressed to the Board his view, as a parent, that most Kindergarten and Grade One children are curious by nature and if the Three Books were used in Surrey classrooms, Kindergarten and Grade One students would begin to ask questions that many parents given the sensitive nature of the topic would not want to have to respond to at such young ages.

164 Of particular importance to the decision of the Board with respect to the Three Books was the fact, as referred to in the quote from Superintendent Renihan above, that the provincial "recommended learning resources" as set out by the Ministry of Education in the Integrated Resource Package for K-1, particularly the "Family life education" "suborganizer" of the "Personal Development" component did not, at that time, include any other resources expressly dealing with homosexuality or same-sex couples/families. In fact, at that time, none of the provincially approved "educational resource materials" for any aspect of the K-1 curriculum addressed this subject matter.

165 As noted by the reasons of the Chief Justice, in October of 1996, the B.C. Minister of Education, the Honourable Moe Sihota, made public statements which suggested that same-sex parented families were amongst the family models which he thought

Le conseiller Tymoschuk a parlé en faveur de la motion concernant les trois manuels. Il a indiqué qu'il avait essentiellement deux inquiétudes quant à l'approbation des trois manuels comme ressources d'apprentissage pour la maternelle et la première année. Il craignait tout d'abord qu'advenant l'approbation des trois manuels par le conseil, tous les élèves de maternelle et de première année du district ne soient exposés aux questions qu'ils soulèvent. Les parents n'auraient pas vraiment le choix quant à savoir s'ils souhaitaient que leurs enfants soient exposés à de telles questions. Le conseiller Tymoschuk a ensuite indiqué au conseil qu'il avait « fait ses devoirs » avant la réunion. Il a dit avoir lu les trois manuels au moins deux fois avec sa femme. Il avait alors un enfant en maternelle et il a déclaré au conseil que sa femme et lui avaient examiné les trois manuels en tant que parents. Il a dit que sa femme et lui avaient conclu que les trois manuels ne convenaient pas pour la maternelle et la première année parce qu'ils pouvaient créer de la confusion et donner lieu à des conflits. Il a déclaré au conseil qu'il estimait, en tant que parent, que la majorité des enfants de maternelle et de première année sont curieux de nature et que si les trois manuels étaient utilisés dans les salles de classe de Surrey, les élèves de maternelle et de première année commenceraient à poser des questions sur des sujets que, vu leur nature délicate, de nombreux parents ne voudraient pas aborder avec de si jeunes enfants.

Ce qui a beaucoup influé sur la décision du conseil concernant les trois manuels, c'est que, comme on l'a vu dans la citation du directeur général Renihan, les « ressources d'apprentissage recommandées » au niveau provincial par le ministère de l'Éducation dans l'Ensemble de ressources intégrées pour la maternelle et la première année, particulièrement la sous-composante « Éducation à la vie familiale » de la composante « Épanouissement personnel », ne comprenaient pas à l'époque d'autres ressources traitant expressément de l'homosexualité ou des couples de même sexe ou familles homoparentales. En fait, à cette époque, ce sujet n'était abordé dans aucune des « ressources documentaires éducatives » approuvées au niveau provincial pour les différentes composantes du programme d'études pour la maternelle et la première année.

Comme l'a souligné le Juge en chef dans ses motifs, en octobre 1996, le ministre de l'Éducation de la Colombie-Britannique, l'honorable Moe Sihota, a fait des déclarations publiques qui semblaient indiquer que les familles homoparentales

could be addressed under the PP curriculum. This was stated while at the same time the Ministry had both, as of that date, refused to approve the Three Books in this case at the provincial level and had also failed to approve any "learning resources" to support such instruction. Thus, this case came about since, after not getting the materials he wanted approved by the Minister, Mr. Chamberlain turned to the local level.

faisaient partie des modèles familiaux qui, selon lui, pouvaient être présentés dans le cadre du programme FP. Il a fait ces déclarations alors que le ministère avait jusqu'à ce moment refusé d'approuver au niveau provincial les trois manuels dont il est question en l'espèce et n'avait en outre pas approuvé de « ressources d'apprentissage » pour appuyer un tel enseignement. C'est ainsi que la présente action a été intentée, M. Chamberlain s'étant adressé à l'administration locale après l'échec de sa demande d'approbation auprès du ministre.

In my view, what the Minister of Education thought personally is one view of many, especially in light of his Ministry's failure to take any concrete action to include a resource on the subject matter for the K-1 curriculum. The more important question is: what does the PP curriculum actually require, in terms of educational resource materials, to meet its objectives? The reasons of the Chief Justice have argued that the Resolution is unreasonable in that it directly contradicts what the curriculum intends or requires. I disagree: the curriculum does not indicate that parents in a same-sex relationship are to be addressed in K-1. Further, in the context of judicial review, I am aware of a need to defer not only to the perceptions of parents, but also to the views of the educational professionals who evaluated the material before sending the issue to the School Board for the ultimate determination of the issue.

166 À mon avis, ce que le ministre de l'Éducation pensait personnellement n'est qu'un point de vue parmi d'autres, compte tenu surtout du fait que son ministère n'a pas pris de mesures concrètes pour inclure dans le programme d'études de maternelle et de première année une ressource didactique sur le sujet. La question plus importante est la suivante : qu'exige en réalité le programme FP, en matière de ressources documentaires éducatives, pour atteindre ses objectifs? Dans ses motifs, le Juge en chef a soutenu que la résolution est déraisonnable, car elle contredit directement l'objet ou les exigences du programme d'études. Je ne suis pas d'accord : le programme d'études n'indique pas que la question des parents formant un couple de même sexe doit être abordée en maternelle et en première année. De plus, dans le contexte d'un contrôle judiciaire, je suis conscient de la nécessité de tenir compte non seulement des perceptions des parents, mais aussi des points de vue des professionnels de l'éducation qui ont évalué le matériel didactique avant de soumettre la question au conseil scolaire pour qu'il prenne une décision finale.

Is the Resolution consistent with the demands of the curriculum? The "Family life education" "suborganizer" refers to students being expected to "identify a variety of models for family organization". In my view, this statement does not support the Chief Justice's interpretation that "all types of families found in the community should be discussed by K-1 students" (para. 67) and that "discussing and understanding all family types" is a "prescribed learning outcome" (para. 71). There must be some space for a school board to refuse to approve a book, regardless of the fact that the book actually concerns "family

167 La résolution est-elle conforme aux exigences du programme d'études? Il est précisé dans la sous-composante « Éducation à la vie familiale » qu'on s'attend à ce que l'élève puisse « décrire divers types de familles ». À mon avis, cet énoncé n'appuie pas l'interprétation du Juge en chef que « les enfants en maternelle et en première année devraient discuter de tous les types de familles [. . .] que l'on trouve dans la collectivité » (par. 67) et que le « résultat d'apprentissage prescrit » consiste à « discuter en classe de tous les types de familles et [à] les comprendre » (par. 71). Le conseil scolaire doit avoir

models" in the broadest understanding of the concept. Based on the reasons of the Chief Justice, it would seem that a school board could not exclude any book regarding any family model, because to do so would be contrary to the curriculum's reference to a "variety of models" being addressed. But surely the imagination can conjure up some family models, which despite existing in our society as a matter of fact, parents would rather were not portrayed to five- and six-year-olds. I note that at the time of trial, only three books had been approved by the province, which suggests that, while there was a curriculum commitment to a "variety" of family models, the provincial list was far from achieving a comprehensiveness standard of portraying all families.

168 The "prescribed learning outcomes" for the K-1 "Family life education" "suborganizer" include having children draw and write about their own families, and having children talk about each other's families. In a situation where there is a child in the classroom who has same-sex parents, it is obvious that these activities would raise the issue of same-sex parents. Even in such a situation, however, it is not necessary that educational resource materials which portray same-sex parents be generally approved for use in all classrooms in a particular school district. As I will discuss below, there may be instances where teachers may find it necessary, in their discretion, of course, to discuss families with same-sex parents, and perhaps even employ materials in the classroom.

169 I also think that the broader context of the Surrey Board's curriculum is relevant, in that the record indicates that in the later grades in the curriculum, older students are introduced to some of the more complicated dimensions of human sexuality, including the subject matter of homosexuality. This is a recognition of the fact that the education of children continues throughout the totality of their schooling: therefore, not all topics need to be addressed

une certaine latitude pour refuser d'approuver un manuel, peu importe qu'il concerne en réalité des « modèles familiaux » au sens le plus large du concept. Selon les motifs du Juge en chef, il semblerait qu'un conseil scolaire ne puisse exclure aucun manuel concernant des modèles familiaux parce que ce serait contraire à ce qui est mentionné dans le programme d'études, à savoir qu'il faut aborder « divers types de familles ». Mais il est sûrement possible d'imaginer certains modèles familiaux que des parents préféreraient ne pas être présentés à des enfants de cinq et six ans, même s'ils existent dans notre société. Je souligne qu'à l'époque du procès, seulement trois manuels avaient été approuvés par la province, ce qui permet de penser que, même si le programme d'études comportait l'engagement de présenter « divers » modèles familiaux, la liste provinciale était loin de satisfaire à un critère d'exhaustivité dans sa présentation des familles.

Pour atteindre, en maternelle et en première année, les « résultats d'apprentissage prescrits » pour la sous-composante « Éducation à la vie familiale », il fallait demander aux élèves de dessiner et de décrire par écrit leur famille ainsi que de parler entre eux de leurs familles. Il est évident que, dans le cas où un enfant de la classe avait des parents de même sexe, ces activités soulèveraient la question des parents de même sexe. Même dans un tel cas, toutefois, il n'est pas nécessaire que l'utilisation de ressources documentaires éducatives présentant des parents de même sexe soit approuvée pour toutes les classes dans un district scolaire donné. Comme je l'examinerai plus loin, il peut y avoir des cas où les enseignants jugent nécessaire, à leur discrétion évidemment, de discuter des familles homoparentales et peut-être même d'utiliser à cette fin du matériel didactique en classe.

Je pense également que le contexte global du programme d'études du conseil de Surrey est pertinent, le dossier indiquant que, dans les niveaux plus avancés, certains des aspects les plus compliqués de la sexualité humaine, dont l'homosexualité, sont présentés aux élèves plus âgés. C'est là reconnaître le fait que l'éducation des enfants se poursuit tout au long de leur formation scolaire : par conséquent, il n'est pas nécessaire d'aborder tous les sujets au

in the first two years. Therefore, it becomes clear that this case is not about addressing an educational context where the topic of homosexuality is being completely excluded from the school. Beyond this, as found by the Court of Appeal, it is clear that the School Board has a stringent anti-discrimination policy, one that is taken seriously. Thus, the totality of the context tends towards a conclusion that the *Charter* values of equality and non-discrimination are being fostered by the School Board more generally.

In my view, these considerations are consistent with the conclusion reached by the Board and its professional staff that the books were not necessary to attain the objectives set by the curriculum. While I agree with the Chief Justice that, beyond necessity, relevance to these objectives is an important consideration in any decision to approve supplementary materials, I disagree that it is determinative in the case at bar. Indeed, the reasons provided by Dr. Renihan and the discussion at the Board implied that the relevance of the Three Books to the curriculum's objective of representating a variety of family types was assumed. The debate was as to the necessity of this material to satisfy the K-1 curriculum. Relevance is but one factor in the balance; otherwise, as discussed above, the Board would have no choice but to approve all relevant materials (i.e., all books about families) sought to be introduced by parents, teachers or interest groups, which would be incompatible with the discretionary authority which the legislature clearly conferred upon the Board. As I explained above, parental concerns concerning the age appropriateness of the books and their impact on their ability to pass on their religious views to their children also were factors that the Board was properly entitled to consider.

What of the books themselves? Do they contain a neutral message? It is clear that the reason why the books were proposed for approval by

cours des deux premières années. Il devient donc évident qu'il n'est pas question en l'espèce d'examiner un cadre éducatif où la question de l'homosexualité est complètement exclue de l'école. En outre, comme l'a conclu la Cour d'appel, il est clair que le conseil scolaire a une politique antidiscrimination sévère, une politique qui est prise au sérieux. Le contexte de l'affaire donc amène à conclure que le conseil scolaire favorise de façon générale les valeurs d'égalité et de non-discrimination consacrées par la *Charte*.

170 À mon avis, ces considérations appuient la conclusion du conseil et de son personnel professionnel que les manuels n'étaient pas essentiels pour atteindre les objectifs fixés par le programme d'études. Même si je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la pertinence du matériel par rapport aux objectifs est une considération importante dans toute décision d'approuver des ressources complémentaires, je ne considère pas qu'elle est déterminante en l'espèce. En fait, les raisons fournies par M. Renihan et la discussion qui s'est déroulée au conseil laissent entendre qu'on présumait de la pertinence des trois manuels par rapport à l'objectif du programme d'études de représenter divers types de familles. Le débat portait sur la nécessité d'utiliser ce matériel pour atteindre les objectifs du programme d'études en maternelle et en première année. La pertinence n'est qu'un des facteurs en jeu; autrement, comme nous en avons discuté, le conseil n'aurait d'autre choix que d'approuver toutes les ressources pertinentes (c'est-à-dire tous les manuels concernant les familles) dont les parents, les enseignants ou les groupes d'intérêt demanderaient l'utilisation, ce qui serait incompatible avec le pouvoir discrétionnaire que le législateur a clairement conféré au conseil. Comme je l'ai expliqué, les préoccupations des parents quant à savoir si les manuels convenaient à l'âge des enfants et quant à leurs effets sur leur propre capacité de transmettre leurs convictions religieuses à leurs enfants faisaient également partie des facteurs que le conseil était en droit de prendre en considération.

171 Qu'en est-il des manuels eux-mêmes? Contiennent-ils un message neutre? Il est clair que si M. Chamberlain a proposé l'approbation des

Mr. Chamberlain and why they are found on the GALE list of recommended resources is because they contain some normative content related to a positive portrayal of parents in same-sex relationships. The appellants claim that the books are harmless, insofar as they do not pronounce on the moral rightness or wrongness of homosexual relationships or parents: they only show such families to exist, as one amongst many models of family. The books, therefore, it is submitted, are only about tolerating others and learning not to discriminate. In this way, they espouse values that directly emanate from the *Charter*.

172 The respondent's reading of local parental concern is that the books portray same-sex parents as being on a moral par with heterosexual parents, i.e., there are many kinds of relationships that are out there, and none is better or worse than the others. This is a moral message, and a moral message of some concern to these parents since they disapprove of same-sex relationships. This view is concerned about the moral equating of homosexual parents with heterosexual parents, which is implicit in the identification, in all three of the books, of homosexual "Moms" and "Dads". The message which caused concern, in the words of one parent's affidavit, is that: "Mommies and Daddies are seen as good things in the eyes of my children and therefore the lifestyles of the Mommies and Daddies in the stories must be acceptable".

173 Another concern is that the natural curiosity of children will lead to inquiries about homosexuality that parents are uncomfortable having raised at school. For example, given that the basics of human reproduction, an inherently heterosexual phenomenon, are a dimension of the curriculum to be addressed in K-1, the concern is that when a discussion of "Mommies" and "Daddies" manifests, perhaps the presence of two "Mommies" or two "Daddies" might cause certain children to be exposed to issues or questions which might seem, in the views of some parents, too complicated for children of five or six years of age. This view was shared

manuels et que ceux-ci se trouvent sur la liste des ressources recommandées par le groupe GALE, c'est que leur contenu normatif représente de façon positive des parents formant un couple de même sexe. Les appelants prétendent que les manuels sont inoffensifs dans la mesure où ils ne se prononcent pas sur le caractère bon ou mauvais, d'un point de vue moral, de l'union homosexuelle ou des parents de même sexe : ils ne font que montrer que de telles familles existent parmi tant d'autres modèles familiaux. Il est donc allégué qu'ils traitent simplement de la tolérance envers les autres et de l'apprentissage de la non-discrimination. Ils adhèrent ainsi aux valeurs qui émanent directement de la *Charte*.

Pour l'intimé, les parents de l'endroit s'inquiètent du fait que les manuels mettent sur un pied d'égalité du point de vue moral les parents de même sexe et les parents hétérosexuels, c'est-à-dire qu'il existe de nombreux types d'unions et qu'aucune n'est meilleure ni pire qu'une autre. Il s'agit d'un message moral et d'un message moral qui inquiète ces parents puisqu'ils désapprouvent les unions de même sexe. C'est l'assimilation sur le plan moral des parents homosexuels aux parents hétérosexuels qui est implicite dans les trois manuels puisqu'il y est question de « mamans » et de « papas » homosexuels. Le message qui a causé de l'inquiétude, d'après l'affidavit de l'un des parents, est que : [TRADUCTION] « Pour mes enfants, les papas et les mamans sont une bonne chose et, par conséquent, le mode de vie des papas et des mamans dans les histoires racontées doit être acceptable ».

Un autre sujet d'inquiétude est que la curiosité naturelle des enfants les amènera à poser au sujet de l'homosexualité des questions que des parents n'aiment pas voir abordées à l'école. Par exemple, étant donné que les notions de base concernant la reproduction humaine, phénomène intrinsèquement hétérosexuel, font partie du programme d'études en maternelle et en première année, on s'inquiète de la possibilité que, lorsque la question des « mamans » et des « papas » se posera, la présence de deux « mamans » ou de deux « papas » puisse exposer certains enfants à des problèmes ou à des questions qui pourraient sembler, de l'avis de certains parents,

by ESC member and Surrey District Principal Dr. Cynthia Lewis, who claimed:

My own view of the Three Books, based on my expertise in curriculum, is that the stories themselves are relatively innocuous but the social issues underlying the stories are sensitive. They are sensitive because they bring in the social issue of same-sex couples. The message of tolerance and inclusion is necessary at all grade levels but the Three Books are meant to be used to deal with far broader social issues. In my opinion, unless a child has had life experience regarding same-sex parents, this topic could potentially be mysterious and confusing in Kindergarten and Grade One. There is a risk of misinterpretation if the Three Books were approved for use with all students in Kindergarten and Grade One.

The experts basically present two competing views of these Three Books. One view is that they are simply books aimed at the dominant theme of non-discrimination, with the presence of parents in a same-sex relationship simply being tangential context. The books are therefore about acceptance. The other view is that regardless of the valid and present acceptance theme, a different message is also present: parents in same-sex relationships are being portrayed as "normal" by being portrayed in a positive sense.

In my view, one book clearly purports to pronounce on the morality of same-sex relationships: *Asha's Mums*. In that book, there is the following exchange:

When my turn came to talk about my drawing I said, "This is my brother Mark and my mummies and me. We're on our way to the Science Centre."

Coreen said "How come you've got two mummies?"

"Because I do," I said.

"You can't have two mummies," Judi insisted.

"Yes she can," Rita said turning around in her seat.

trop compliqués pour des enfants âgés de cinq ou six ans. Ce point de vue était partagé par un membre du CSE, la directrice du district de Surrey, Cynthia Lewis :

[TRADUCTION] D'après mon expérience en matière de programme d'études, les histoires contenues dans les trois manuels m'apparaissent relativement inoffensives, mais les questions sociales qui les sous-tendent sont délicates. Elles sont délicates parce qu'elles soulèvent la question sociale des couples de même sexe. Le message de tolérance et d'inclusion est nécessaire à tous les niveaux, mais les trois manuels doivent servir à aborder des questions sociales beaucoup plus vastes. À mon avis, à moins qu'un enfant n'ait déjà connu des parents de même sexe, ce sujet pourrait être incompréhensible ou déroutant s'il était abordé en maternelle ou en première année. Il y a risque de mauvaise interprétation si l'utilisation des trois manuels devait être autorisée pour tous les élèves de maternelle et de première année.

Les experts ont essentiellement présenté deux points de vue opposés sur ces trois livres. D'un côté, on considère simplement que les manuels ont pour thème principal la non-discrimination, la question des parents formant un couple de même sexe n'étant abordée que de manière accessoire. Les manuels portent donc sur l'acceptation des autres. D'autres considèrent que, sans égard au thème valable et avancé de l'acceptation des autres, un message différent est aussi transmis : les parents de même sexe sont présentés comme une chose « normale » puisqu'on en fait une représentation positive. 174

À mon avis, l'un des manuels porte clairement un jugement moral sur les unions de même sexe : *Asha's Mums*. On y trouve l'échange suivant : 175

[TRADUCTION] Lorsque mon tour est venu de parler de mon dessin, j'ai dit : « C'est mon frère Marc et mes mamans et moi. Nous sommes en route pour le centre des sciences. »

Coreen a dit: « Comment ça se fait que tu as deux mamans? »

J'ai dit: « Parce que c'est comme ça. »

« Tu ne peux pas avoir deux mamans », a insisté Judi.

« Oui, elle peut », a dit Rita en se tournant sur son siège.

"Just like you can have two aunts, and two daddies and two grandmas," yelled Diane from across the room.

Diane likes to yell.

"See," I said to Coreen.

"My mum and dad said you can't have two mothers living together. My dad says it's bad," Coreen insisted.

"It's not bad. My mummies said we're a family because we live together and love each other," I said.

"But how come you have two?" Judi asked.

Before I could answer Terrence said to Ms. Samuels, "Is it wrong to have two mummies?"

"Well . . ." Ms. Samuels began but Diane yelled, "It's not wrong if they're nice to you and if you like them." [Emphasis added.]

In my view, this raises the issue of the morality of parents in same-sex relationships and purports to pronounce on their moral status.

176 The other two books contain more subtle messages. In *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads*, the key theme seems to be racial discrimination, as what is being portrayed as normal about the dads is their blue or green skin. One of the two key characters, Lou, has two blue dads. Lou explains how his blue dads are just like other dads: they talk, sing, and they even eat cookies in bed. The plot then continues, with the discussion turning to "how they got that way". The answer is clear: "They were blue when I got them and blue they are still. And it's not from a juice, or a toy, or a pill." The book closes with the speculation as to whether green dads exist. Enter Jean, who claims that "I have two dads who both are green."

177 *Belinda's Bouquet*, is about an overweight girl who is made fun of by a mean bus driver. After this incident, Belinda visits her best friend

« Tout comme tu peux avoir deux tantes, et deux papas, et deux grands-mamans », a crié Diane qui se trouvait à l'autre bout de la pièce.

Diane aime bien crier.

« Tu vois », ai-je dit à Coreen.

« Ma maman et mon papa ont dit que tu ne peux pas avoir deux mamans qui vivent ensemble. Mon papa dit que ce n'est pas bien », a insisté Coreen.

Je lui ai dit « Ce n'est pas mal. Mes mamans ont dit que nous formons une famille parce que nous habitons ensemble et que nous nous aimons. »

« Mais comment peux-tu en avoir deux? » a demandé Judi.

Avant que je puisse répondre, Terrence a dit à M^me^ Samuels: « Est-ce que c'est mal d'avoir deux mamans? »

« Et bien . . . » a commencé à dire M^me^ Samuels, mais Diane a crié: « Ce n'est pas mal si elles sont gentilles avec toi et si tu les aimes. » [Je souligne.]

À mon avis, ces passages soulèvent la question de la moralité d'une union de parents de même sexe et ils portent un jugement sur leurs qualités morales.

Les deux autres manuels contiennent des messages plus subtils. Dans *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads*, le thème principal abordé semble être la discrimination raciale puisque c'est la couleur bleue ou la couleur verte des papas qui y est présentée comme normale. L'un des deux principaux personnages, Lou, a deux papas bleus. Lou explique comment ses papas bleus sont comme tous les autres papas : ils parlent, ils chantent et ils mangent même des biscuits au lit. L'histoire se poursuit ensuite, la discussion portant sur « la raison pour laquelle ils sont devenus ainsi ». La réponse est claire : [TRADUCTION] « Ils étaient bleus lorsque je les ai eus et ils sont encore bleus. Et ce n'est pas à cause d'un jus, ou d'un jouet, ou d'une pilule. » Le manuel se termine sur l'hypothèse qu'il existe peut-être des papas verts. Entre en scène Jean qui dit : [TRADUCTION] « J'ai deux papas qui sont tous les deux verts. »

Belinda's Bouquet raconte l'histoire d'une fillette souffrant d'embonpoint dont se moque un chauffeur d'autobus méchant. Après l'incident,

Daniel's house, and Belinda is comforted by Daniel's (first) mother: "Belinda, you tell that bus driver that your body belongs to you . . . . It's none of anybody else's business what size your body is." Belinda replies that she is not going to eat lunch: "I'm going on a diet", she says. "Maybe if I stop eating so much, I won't be fat." The mother then seeks to empower Belinda by telling her a story/parable about plant growth, within which a woman planted a garden, and then tried to make all the plants the same by feeding some plants less food/sunlight/water than others. We then learn that those underfed flowers wilted, so the woman, realizing her foolishness, watered the underfed flowers, letting them drink their fill. The children ask what became of the plants, and the mother responds by pointing outside, where the woman from the story/parable, who we now learn is "Mommy", the second mother, is tending to a multitude of healthy plants. Belinda then sprints in to finish her snack, so that she doesn't "wither and droop". Everyone has a snack together in the kitchen shared by "Mama and Mommy". This book is clearly about Belinda's self-esteem, with the key difference being that it is set in a non-traditional home.

Belinda rend visite à son meilleur ami Daniel et est réconfortée par la (première) mère de Daniel : [TRADUCTION] « Belinda, tu diras au chauffeur d'autobus que ton corps t'appartient [. . .] Ton poids ne regarde que toi. » Belinda répond qu'elle ne mangera pas son repas : « Je vais faire un régime, dit-elle. Peut-être que si j'arrête de manger autant, je ne serai pas grosse. » La mère essaie ensuite d'amener Belinda à avoir confiance en elle-même en lui racontant une histoire ou une fable au sujet de la croissance des plantes; dans cette histoire, une femme a fait un jardin et a essayé de faire en sorte que toutes les plantes soient pareilles en donnant à certaines plantes moins de nourriture, de soleil et d'eau qu'à d'autres. Nous apprenons ensuite que les fleurs sous-alimentées se sont flétries si bien que la femme, réalisant sa sottise, les a arrosées, les laissant boire à satiété. Les enfants demandent ce qui est arrivé aux fleurs et la mère répond, en pointant du doigt vers l'extérieur, où la femme de l'histoire/de la fable qui, nous l'apprenons maintenant est la deuxième maman, s'occupe d'une multitude de plantes en santé. Belinda se dépêche alors de finir sa collation pour éviter [TRADUCTION] « de dépérir et de mourir ». Tout le monde mange ensuite une collation dans la cuisine en compagnie des deux « mamans ». Le livre porte clairement sur l'estime de soi de Belinda, la différence essentielle étant que l'histoire se passe dans un foyer non traditionnel.

In my view, the difference between the two general approaches to the Three Books raises the question as to whether it is possible for parents in same-sex relationships to be portrayed to five- and six-year-olds in a way which reflects the subtle distinction between the clearly appropriate public message of promoting non-discrimination on the basis of sexual orientation while at the same time avoiding forcing a conclusion regarding the controversial question of whether homosexual relationships (i.e., persons acting on the basis of their sexual orientation) are morally acceptable. This question relates to the notion of "age appropriateness": do five- and six-year-olds have the capacity and ability to differentiate between accepting such portrayals as "another mode of being" that is not to be

178

À mon avis, la différence qui existe entre les deux attitudes générales à l'égard des trois manuels soulève la question de savoir s'il est possible de présenter à des enfants de cinq et six ans des parents formant un couple de même sexe d'une manière qui fasse ressortir la distinction subtile entre la promotion tout à fait appropriée de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et la non-imposition d'un jugement sur la question controversée de savoir si les unions homosexuelles (c'est-à-dire les personnes agissant en fonction de leur orientation sexuelle) sont moralement acceptables. Cette question concerne la notion de la « catégorie d'âge visée » : les enfants de cinq et six ans ont-ils le discernement nécessaire pour comprendre qu'il s'agit de la représentation d'une « autre façon

discriminated against, without also considering that it is "just as good a mode of being"? The second factual question relates to the significant emphasis in the expert and parental testimony regarding the concern that to provide for the portrayal of one view of parents in same-sex relationships at school and yet another at home may give rise to a conflict of authority, which will cause "cognitive dissonance" on the children's part.

179 With regard to both the age appropriateness factor and the cognitive dissonance point, the experts, not surprisingly, split. That having been said, however, the views of the experts, plausible on both sides of the argument, are of secondary importance since what is paramount and constitutionally protected in an educational context is the views of parents. The parents are in the best position to examine their child's frame of perception and the likelihood that books which portray parents in same-sex relationships will lead to their child being curious about questions which the parents feel are best not addressed at the ages of five and six.

180 The school trustees were of the view, based on their perception of the concerns of parents, that the subject matter in the books was inappropriate for children of five and six years of age. This is a determination rightly made by parents. Since a decision at the provincial level was not made, the advantage of making a decision at the local level, discussed above, is that parents can undertake an individualized analysis of what is best for their children, and represent this view to their local school board. Evaluating the cognitive dissonance point could involve wading into hundreds of pages of testimony as to whether or not certain theories of child developmental psychology are convincing or not. Courts are ill-equipped for such analysis. Regardless, it is clear that the experts' views, offered in hindsight, convincing or not, cannot impeach decisions arrived at by parents and communicated to their representatives at the School Board. The only exception would be if it could be shown that the parental views and decisions are not in the children's "best

d'être » qui ne doit pas donner prise à la discrimination, sans pour autant considérer qu'il s'agit d'une « autre façon d'être tout aussi acceptable »? La deuxième question factuelle concerne l'importance accordée dans les témoignages des experts et dans ceux des parents au fait que la présentation aux enfants à l'école et à la maison de deux points de vue différents sur les unions de même sexe puisse entraîner un conflit d'autorité donnant lieu à la « dissonance cognitive » chez les enfants.

En ce qui concerne le facteur de la catégorie d'âge visée et la dissonance cognitive, les experts ont des points de vue partagés, ce qui n'a rien d'étonnant. Cela dit, les points de vue des experts, plausibles dans les deux cas, sont accessoires puisqu'en matière d'éducation ce sont les opinions des parents qui priment et qui sont protégés par la Constitution. Ce sont les parents qui sont les mieux placés pour examiner la manière dont leurs enfants perçoivent les choses ainsi que la possibilité que des manuels qui présentent des parents formant un couple de même sexe les amènent à poser des questions qui, selon eux, ne devraient pas être abordées à cinq et six ans.

Se fondant sur leur perception des inquiétudes des parents, les conseillers scolaires ont estimé que le contenu des manuels ne convenait pas pour des enfants de cinq et six ans. C'est une détermination qui incombe légitimement aux parents. En l'absence d'une décision au niveau provincial, l'avantage de la prise d'une décision au niveau local est, comme on l'a vu, que les parents peuvent effectuer une analyse individualisée de ce qui est préférable pour leurs enfants et faire valoir ce point de vue devant leur conseil scolaire. L'évaluation de la dissonance cognitive pourrait nécessiter l'examen de centaines de pages de témoignages quant à savoir si certaines théories de la psychologie du développement de l'enfant sont convaincantes ou non. Les tribunaux sont peu en mesure d'effectuer une telle analyse. Quoi qu'il en soit, il est évident que les avis d'experts, offerts après coup et convaincants ou non, ne peuvent remettre en question les décisions que des parents ont prises et ont communiquées à leurs représentants au conseil scolaire. Il ne saurait y avoir exception que dans les cas où il

interests", which is clearly not so in the case at bar.

Given the parental perception that the Three Books are not age appropriate and risk causing cognitive dissonance, another factor, expressed by several parents, arises: the fact that teachers are authority figures for young children. Parents expressed this concern as follows:

My children see their teachers as authority figures and would uncritically accept their teachers' views about homosexuality and same-sex relationships as trustworthy and accurate.

We are also teaching our children to respect and obey authority, including their teachers. At the early stages of Kindergarten and Grade One, we do not believe that our children can deal with a conflict between what we are attempting to teach them about . . . and what they may be introduced to at school.

Teachers are very influential in children's lives, especially at the lower grades. This is true of [my daughter] as I have taught her to respect the authority of teachers.

This Court, in *Ross*, *supra*, at para. 43, made a near identical observation:

Teachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions. The conduct of a teacher bears directly upon the community's perception of the ability of the teacher to fulfil such a position of trust and influence, and upon the community's confidence in the public school system as a whole.

Further, and in particular reference to the facts of the case at bar, the reasons in *Ross*, at para. 82, stated that: "Young children are especially vulnerable to the messages conveyed by their teachers." Given that the parents in the case at bar have communicated their views to the School Board, to insist on the materials being approved directly undermines parental authority, an authority which the parents have only conditionally delegated to teachers and public schools.

pourrait être démontré que les points de vue et les décisions des parents ne sont pas dans l'« intérêt » des enfants, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Étant donné que les parents ont l'impression 181
que les trois manuels ne conviennent pas à l'âge des enfants et risquent d'entraîner une dissonance cognitive, il faut soulever un autre facteur, mentionné par plusieurs parents : les enseignants sont des symboles d'autorité pour les jeunes enfants. Les parents ont ainsi exprimé cette préoccupation :

[TRADUCTION] Mes enfants voient leurs enseignants comme des symboles d'autorité et considéreraient, sans se poser de questions, leurs points de vue sur l'homosexualité et les unions de même sexe comme crédibles et corrects.

Nous apprenons aussi à nos enfants à respecter les autorités, y compris leurs enseignants, et à leur obéir. Aux stades de la maternelle et de la première année, nous ne croyons pas que nos enfants puissent comprendre l'opposition entre ce que nous tentons de leur inculquer [. . .] et ce qui peut leur être enseigné à l'école.

Les enseignants exercent une grande influence dans la vie des enfants, en particulier dans les premières années d'école. C'est vrai pour [ma fille] car je lui ai enseigné à respecter l'autorité des enseignants.

La Cour a fait une remarque quasi identique dans *Ross*, précité, par. 43 :

En raison de la position de confiance qu'ils occupent, [les enseignants] exercent une influence considérable sur leurs élèves. Le comportement d'un enseignant influe directement sur la perception qu'a la collectivité de sa capacité d'occuper une telle position de confiance et d'influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général.

De plus, et de façon particulièrement pertinente eu égard aux faits de la présente espèce, la Cour a ajouté dans *Ross*, par. 82 : « Les jeunes enfants sont particulièrement vulnérables aux messages transmis par leurs enseignants. » Étant donné que les parents en l'espèce ont communiqué leurs points de vue au conseil scolaire, exiger que le matériel didactique soit approuvé directement porte atteinte à l'autorité des parents, autorité qu'ils n'ont déléguée qu'à certaines conditions aux enseignants et aux écoles publiques.

182 The Three Books Resolution only purported to not approve the Three Books as approved educational resource materials. Thus, all it did was indicate that the Three Books were not generally approved for all classrooms as materials that could be employed to deliver the curriculum. The Resolution does not preclude a change of view, either locally or provincially. Were the local School Board or the provincial Ministry of Education to choose to employ books in K-1 which portray parents in same-sex relationships, then teachers could, in their discretion, employ the materials.

183 In addition, the Resolution is silent as to the possibility that the Three Books could or could not be approved as Library Resources. Although this question is not expressly before this Court, I agree with the Court of Appeal that the criteria set out by the Board in Regulation 8800.1 do not reveal any compelling reasons for the Board not to approve the books as Library Resources. Notably, the approval criteria for such resources do not include the requirement that the books be "appropriate for the particular community in which it will be used", which was crucial to the Board's refusal to approve them as Recommended Learning Resources.

184 As I noted above, the "prescribed learning outcomes" of the K-1 PP curriculum, in a situation where there was a child with same-sex parents in the classroom, might lead to the issue of parents in a same-sex relationship being raised in class. Beyond this curriculum-related raising of the subject matter, however, there are many other means by which it could be raised: consider sleep-overs at a friend's house, birthday parties, permission slips for field trips (as per the plot of *Asha's Mums*), car-pooling, parental chaperoning, etc, in the context of a child who has parents in a same-sex relationship. In such circumstances, teachers may feel it is necessary to discuss the issue. In addition, as the Court of Appeal rightly noted, were the books to be approved as Library Resources, their classroom use may be appropriate in such circumstances,

La résolution concernant les trois manuels ne visait qu'à confirmer que les trois manuels ne faisaient pas partie des ressources documentaires éducatives approuvées. Elle indiquait simplement que leur utilisation n'était pas approuvée de manière générale pour toutes les classes pour l'enseignement du programme d'études. Elle n'empêche pas un changement de point de vue, au niveau local ou provincial. Si le conseil scolaire ou le ministère de l'Éducation de la province décidait d'utiliser en maternelle et en première année des manuels qui représentent des parents formant un couple de même sexe, les enseignants pourraient les utiliser à leur discrétion.

De plus, la résolution ne précise pas si les trois manuels pourraient être approuvés comme ressources documentaires. Bien que la Cour n'ait pas été saisie expressément de cette question, je conviens avec la Cour d'appel que les critères énoncés par le conseil dans le règlement 8800.1 ne révèlent aucun motif qui le contraindrait à ne pas approuver les manuels comme ressources documentaires. Notamment, les critères d'approbation de telles ressources ne comprennent pas l'exigence que les manuels soient « approprié[s] pour la collectivité dans laquelle [ils] seront utilisé[s] », ce qui était un élément essentiel du refus du conseil de les approuver comme ressources d'apprentissage recommandées.

Comme je l'ai souligné, les « résultats d'apprentissage prescrits » du programme FP pour la maternelle et la première année pourraient, dans le cas où un élève de la classe a des parents de même sexe, soulever en classe la question des parents formant un couple de même sexe. Toutefois, en dehors du programme d'études, il existe de nombreuses autres occasions où cette question pourrait se poser dans le cas d'un enfant dont les parents sont de même sexe : par exemple la nuit passée chez un ami, les fêtes d'anniversaire, les autorisations pour les sorties éducatives (comme dans *Asha's Mums*), le covoiturage, les parents accompagnateurs. Dans de telles circonstances, les enseignants peuvent juger nécessaire d'aborder cette question. De plus, comme l'a fait remarquer à juste titre la Cour d'appel, si les livres devaient être approuvés comme ressources

subject to the parents' right to be informed and, as described below, to "opt out". This is different, however, than including such subject matter as generally approved to be employed in all classrooms in the School District. With regard to this alternative solution, I note, in fact, that some parents who submitted affidavits in support of the respondents referred to a variant of this possibility. One set of parents suggested:

> We are not suggesting that the Three Books not be available in any situation. For example, we would support the Three Books being available for presentation to children on a one-to-one basis where that child has some life experience with the topic of same-sex couples. However, we do not support the use of the Three Books for all students in a classroom to introduce a homosexual couple . . . .

If some parents seek to resist having their children exposed to the subject matter of homosexuality in a situation where there is a child in the class with parents in a same-sex relationship, then the situation where the children of such parents may be excused from the class for a short time may arise. I note that some school boards, cognizant that such a parental desire to have their children "opted out" of certain subject matter might arise, have mechanisms by which parents will be notified when sensitive or controversial subject matter is going to be raised. Such mechanisms are geared at respecting the constitutionally protected paramountcy of the parental role in the moral education of their children. Ultimately, as per *Adler*, *supra*, the ultimate parental response would be to remove children from the public school system. However, in my view, this should be seen as a last resort, and not as a natural alternative when there is an acceptable balance to be struck between local parental concerns and a broader program of tolerance. When such a balance is available, as in the case at bar, keeping the concerned children in the public school system can only further and strengthen the message of respect and tolerance that it wishes to inculcate.

documentaires, leur utilisation en classe pourrait dans ce cas être appropriée, sous réserve du droit des parents d'en être informés et, comme il est indiqué plus bas, de choisir de retirer leurs enfants de l'activité. C'est différent toutefois d'inclure un tel sujet dans le matériel didactique dont l'utilisation est approuvée généralement pour toutes les classes du district scolaire. Pour ce qui est de cette solution de rechange, je souligne qu'en fait certains parents qui ont produit des affidavits pour étayer la position des intimés ont mentionné une variante de cette solution. Des parents ont mentionné :

> [TRADUCTION] Nous ne proposons pas que les trois manuels ne soient jamais utilisés en aucun cas. Par exemple, nous serions d'accord pour qu'ils puissent être présentés individuellement à des enfants lorsque l'enfant a une certaine expérience des couples de même sexe. Toutefois, nous ne préconisons pas leur utilisation pour tous les élèves d'une classe afin de leur présenter un couple homosexuel . . .

Si, dans le cas où il y a dans la classe un enfant dont les parents sont de même sexe, certains parents cherchent à s'opposer à ce que leurs enfants ne soient pas exposés à la question de l'homosexualité, ceux-ci devraient peut-être pouvoir se retirer de la classe quelques instants. Je souligne que certains conseils scolaires, sachant que des parents pourraient souhaiter que leurs enfants soient « dispensés » de l'enseignement d'un certain sujet, ont prévu des mécanismes par lesquels les parents sont avertis lorsque des questions délicates ou controversées seront soulevées. Ces mécanismes sont conçus de manière à respecter le rôle primordial des parents garanti par la Constitution dans l'éducation morale de leurs enfants. Enfin, comme on l'a vu dans *Adler*, la réponse ultime des parents serait de retirer leurs enfants du système d'enseignement public. Toutefois, on devrait à mon avis considérer qu'il s'agit d'une solution de dernier ressort et non d'une solution de rechange naturelle lorsqu'il est possible d'établir un équilibre acceptable entre les préoccupations des parents au niveau local et un programme global de tolérance. Lorsqu'un tel équilibre est possible, comme c'est le cas en l'espèce, garder les enfants concernés dans le système d'enseignement public ne peut que favoriser et renforcer le message de respect et de tolérance qu'il vise à inculquer.

185 Another way in which the subject matter of homosexuality or same-sex parented families could be raised in K-1 classrooms might be in the context of name-calling, slurs, or insults being used as harassment. It was submitted before this Court that sexual orientation-related slurs are common in the school context, often employed by younger children harbouring a complete lack of understanding as to what the derogatory insult means. In such instances, it would be expected that a teacher or administrator would take action: such discriminatory behaviour is unacceptable and teachers' discretion to combat it by the mechanism of addressing sexual orientation in specific cases ought to be acknowledged. This having been said, addressing name-calling is distinct from the question at bar.

186 This case concerns policy choices regarding curriculum implementation, decisions which are the responsibility of the province or the local school board. It is not constitutionally mandated that five- and six-year-old children be exposed to educational resource materials which portray parents in same-sex relationships, especially when there is significant parental concern that these materials may be confusing for children to whom they wish to teach the subtle, but essential in the eyes of certain parents, distinction between what may exist on the one hand and conduct which may not be morally right on the other.

VII. Conclusion

187 I would therefore dismiss the appeal with costs throughout to the respondent.

The following are the reasons delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

188 I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice, and I concur with her disposition of the case. I agree with her that it can be dealt with on the basis of administrative law principles. I

Un autre cas où pourrait se soulever la question de l'homosexualité ou des familles homoparentales en maternelle et en première année serait à l'occasion de harcèlement sous forme d'insultes ou d'injures. On a allégué devant la Cour que les insultes liées à l'orientation sexuelle sont communes dans le milieu scolaire et sont souvent proférées par des jeunes enfants qui ne comprennent absolument pas ce qu'elles veulent dire. En pareils cas, on s'attendrait à ce que l'enseignant ou l'administration prenne des mesures : un tel comportement discriminatoire est inacceptable et il faut reconnaître le pouvoir discrétionnaire des enseignants de le combattre en abordant la question de l'orientation sexuelle dans des cas précis. Cela dit, les insultes sont un problème tout à fait distinct de celui dont il était question en l'espèce.

La présente espèce concerne les choix de politique qui interviennent dans la mise en œuvre du programme d'études, décisions qui relèvent de la province ou du conseil scolaire en cause. La Constitution n'exige pas que les enfants de cinq et six ans soient exposés à des ressources documentaires éducatives qui représentent des parents formant un couple de même sexe, surtout lorsque des parents craignent que ces ressources ne soient déroutantes pour des enfants auxquels ils souhaitent apprendre la distinction subtile, mais essentielle aux yeux de certains, entre la réalité d'une part et un comportement qui peut ne pas être moralement correct d'autre part.

VII. Conclusion

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimé devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

Le juge LeBel —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de jugement de madame le Juge en chef et je souscris au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi. Je conviens avec elle qu'il peut être tranché selon les principes

also agree with much of the substance of her analysis of those principles and their application here. I part company with her approach, however, on the characterization of the problem with the Board's resolution, and on the methodology that should be employed in reviewing it. In my view, the Board's decision could not be upheld even on the most deferential standard of review, because it was patently unreasonable. It is therefore unnecessary to go through the full analysis of the various factors used to determine the appropriate standard of judicial review.

The Board reached its decision in a way that was so clearly contrary to an obligation set out in its constitutive statute as to be not just unreasonable but illegal. The *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, directs the Board to conduct all schools on strictly secular and non-sectarian principles. The overarching concern motivating the Board to decide as it did was accommodation of the moral and religious belief of some parents that homosexuality is wrong, which led them to object to their children being exposed to story books in which same-sex parented families appear. The Board allowed itself to be decisively influenced by certain parents' unwillingness to countenance an opposed point of view and a different way of life. The question then becomes whether the trustees were faithful to the mandate spelled out in the statute. A decision taken on such a basis, whether reasonable or not, cannot be called secular or non-sectarian within the meaning of the statute, on any plausible interpretation. As a result, the decision amounts to a breach of statute, is patently unreasonable, and should be quashed.

II. The Methodological Framework for Reviewing the Board's Decision

Interesting as it may be, a discussion on the applicable standard of review seems to me to be a digression from the real issue presented by this appeal. The pragmatic and functional approach has proven a useful tool in reviewing adjudicative or quasi-judicial decisions made by administrative

du droit administratif. Je souscris également, dans une large mesure, au contenu de l'analyse qu'elle fait de ces principes et de leur application en l'espèce. Cependant, je ne partage ni sa façon de qualifier le problème que pose la résolution du conseil scolaire, ni son opinion quant à la méthodologie qui devrait être appliquée à l'examen de ce problème. À mon avis, la décision du conseil scolaire ne peut être confirmée même selon la norme qui commande la plus grande retenue, car elle est manifestement déraisonnable. Il est donc inutile de procéder à l'analyse complète des divers facteurs servant à déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable.

189 Le conseil scolaire a pris sa décision d'une manière si contraire à sa loi constitutive qu'elle est non seulement déraisonnable, mais encore illégale. La *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, oblige le conseil à diriger toutes les écoles selon des principes strictement laïques et non confessionnels. La principale préoccupation qui a motivé la décision du conseil scolaire est de tenir compte des croyances religieuses et morales de certains parents — l'homosexualité est répréhensible — qui les amènent à refuser que leurs enfants soient exposés à des livres d'histoires illustrant des familles homoparentales. Le conseil scolaire s'est laissé décisivement influencer par le refus de certains parents d'approuver un point de vue et un mode de vie différents des leurs. La question est donc de savoir si les conseillers ont respecté le mandat énoncé dans la Loi. Raisonnable ou non, une décision fondée sur de tels motifs ne saurait être qualifiée de laïque ou de non confessionnelle au sens de la Loi, quelle que soit l'interprétation plausible. En conséquence, la décision qui a été prise contrevient à la Loi, est manifestement déraisonnable et doit être annulée.

II. La méthodologie applicable au contrôle de la décision du conseil scolaire

190 Aussi intéressante qu'elle puisse être, l'analyse de la norme de contrôle applicable me semble dévier de la véritable question qui se pose en l'espèce. L'approche pragmatique et fonctionnelle s'est révélée utile dans le cas des décisions juridictionnelles ou quasi judiciaires de tribunaux administratifs.

tribunals. There are, however, limits to the usefulness of applying this framework to its full extent in a different context.

191 When the administrative body whose decision is challenged is not a tribunal, but an elected body with delegated power to make policy decisions, the primary function of judicial review is to determine whether that body acted within the bounds of the authority conferred on it. Courts must respect the responsibility of such bodies to serve those who elected them, and will, as a rule, interpret their statutory powers generously (see *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 244, *per* McLachlin J. (as she then was); *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 36; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 23). The decisions or actions of an administrative body of this kind will be invalidated if they are plainly contrary to the express or implied limitations on its powers. The mechanical application, in this context, of a test which was developed with a quite different kind of administrative body in mind is not only unnecessary, but may also lead both to practical difficulties and to uncertainties about the proper basis of judicial review.

192 When courts are called upon to review adjudicative decisions of administrative tribunals, the key question is the basis on which the legislature intended review by the courts to be available. This inquiry must be undertaken bearing in mind the fact that the legislature has decided to take the matter out of the hands of the courts and to give the tribunal primary authority over it, as well as the axiom that no administrative body has untrammelled discretion. Evidence of the degree of discretion granted to the tribunal is to be found in its constitutive statute and a variety of other contextual factors. Questions such as the presence or absence of a privative clause in the legislation, the specialized nature of the subject matter, the expertise of the tribunal, the legislature's reasons for entrusting this decision to the tribunal, and the nature of the question compared

Cependant, il existe des limites à l'utilité de l'appliquer intégralement dans un autre contexte.

Lorsque l'organisme administratif dont les décisions sont contestées est non pas un tribunal administratif, mais plutôt un corps élu doté du pouvoir délégué de prendre des décisions de politique générale, la fonction première des cours de justice consiste à décider s'il a agi dans les limites du pouvoir dont il est investi. Elles doivent respecter la responsabilité de ces organismes de servir ceux qui les ont élus et, en règle générale, elles interprètent de façon libérale les pouvoirs que leur confère la loi (voir *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244, le juge McLachlin (aujourd'hui Juge en chef); *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 36; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 23). Les décisions ou actions de tels organismes administratifs seront invalidées si elles outrepassent nettement les limites expresses ou implicites de leurs pouvoirs. En l'espèce, l'application automatique d'un critère établi en fonction d'un type d'organisme administratif tout à fait différent non seulement est inutile, mais peut aussi engendrer des difficultés sur le plan pratique et des incertitudes quant à savoir dans quels cas il peut y avoir contrôle judiciaire.

Lorsqu'une cour de justice est appelée à contrôler la décision juridictionnelle d'un tribunal administratif, elle doit d'abord et avant tout se demander dans quels cas le législateur veut que le contrôle judiciaire soit effectué. Il faut se rappeler à cet égard que le législateur a décidé de dessaisir les cours de justice de cette question pour la confier essentiellement au tribunal administratif. Il faut également avoir à l'esprit l'axiome selon lequel le pouvoir discrétionnaire de l'organisme administratif n'est pas absolu. L'étendue du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal administratif ressort de sa loi constitutive et de divers autres éléments contextuels. À cet égard, sont pertinents des facteurs comme la présence ou l'absence d'une clause privative dans le texte législatif, le caractère spécialisé du sujet en question, l'expertise du tribunal administratif, les

to the kinds of questions courts are accustomed to considering, are relevant to the inquiry because they shed light on the ultimate question: what standard of review the legislature intended.

raisons ayant amené le législateur à confier au tribunal administratif le soin de prendre cette décision ainsi que la nature de la question par rapport aux types de question que les cours de justice ont l'habitude d'examiner. En effet, ils permettent de mieux comprendre l'ultime question : quelle norme de contrôle le législateur veut qu'on applique?

The decision under review here is different. Our Court is reviewing a policy decision made by an elected body whose function is to run local schools with the input of the local community. The full set of factors included in the standard-of-review formula does not translate well into this context. Consider, for example, the presence or absence of a privative clause. One would not expect to find a privative clause in connection with the Board's decisions, and the absence of one in the statute in no way signals that the legislature expected intervention by the courts in the Board's day-to-day business to be possible. Expertise is another factor which is more apposite in the adjudicative context than it is here. Trustees are authorized to make decisions not because they have any special expertise, but because they represent the community. Their level of expertise does not indicate anything about the extent of their discretion.

193 La décision en cause en l'espèce est différente. Il s'agit d'une décision de politique générale d'un corps élu chargé de diriger des écoles d'une collectivité locale avec sa participation. L'ensemble des facteurs que comporte la formule de la norme de contrôle ne se transpose pas bien dans le présent contexte. Prenons l'exemple de la présence ou de l'absence d'une clause privative. On ne s'attendrait pas à trouver une clause privative visant les décisions du conseil scolaire. De plus, l'absence d'une telle clause dans la Loi n'indique aucunement que le législateur s'attend à ce que les cours de justice interviennent dans les affaires courantes du conseil scolaire. L'expertise est un autre facteur, qui est plus pertinent dans le contexte juridictionnel que dans le présent contexte. Les conseillers sont autorisés à prendre des décisions non parce qu'ils possèdent une expertise particulière, mais parce qu'ils représentent la collectivité. Leur niveau d'expertise n'est pas un indice de l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire.

The ultimate question remains the legislature's intention. Going through the various factors in the "pragmatic and functional method" is not always the best path to that intention. In the context of this appeal, we should look instead to the statutory grant of power to the Board and the conditions attached to it. The courts are responsible for ensuring that the Board acts within the scope of its power. In my opinion, interference in the Board's functions on any other basis would generally be unwarranted.

194 L'ultime question demeure l'intention du législateur. L'examen des divers facteurs que comporte la « méthode pragmatique et fonctionnelle » n'est pas toujours le meilleur moyen de découvrir cette intention. En l'espèce, nous devrions plutôt analyser le pouvoir que la Loi confère au conseil scolaire et les conditions dont il est assorti. Les cours de justice ont la responsabilité d'assurer que le conseil scolaire agit dans les limites de son pouvoir. J'estime que l'ingérence dans les fonctions du conseil scolaire pour tout autre motif est généralement injustifiée.

I do not intend to cast any doubt on the validity of the pragmatic and functional approach. On the contrary, I suggest that it is more consistent with the philosophy underlying that approach to adapt the framework of judicial review to varying circumstances and different kinds of administrative actors

195 Je ne mets pas en doute la validité de l'approche pragmatique et fonctionnelle. Au contraire, il me semble plus conforme à la philosophie sous-jacente à cette approche d'adapter le système de contrôle judiciaire aux circonstances changeantes et aux différents genres d'organisme administratif que

than it is to go through the same checklist of factors in every case, whether or not they are pertinent — a methodology which, I would suggest, is neither pragmatic nor functional.

196 This Court's jurisprudence on review of the actions of municipal councils is instructive here, because municipalities share many of the characteristics of the School Board. Like a municipal council, the Board is an elected body whose role is to bring the views of the community into the making of local policy decisions. Like a municipality, it exercises statutory powers, and its autonomy is circumscribed by the language of the statute (see *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, at paras. 33-34, *per* Major J.). In this crucial sense, both a school board and a municipality are unlike a legislature, which has plenary law-making power within the limits of the Constitution.

197 In evaluating municipal actions, our Court has always focussed on whether the action in question was authorized, not on whether it was reasonable. A municipality's enactment of a by-law "is reviewable to the extent of determining whether the actions are *intra vires*" (*Shell*, *supra*, at p. 273). A municipality is a creature of statute and can only act pursuant to powers expressly conferred by statute, powers necessarily or fairly implied by the statute, and ancillary powers indispensable to carrying out its purpose (*R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668; *Hudson*, *supra*, at para. 18). Actions not grounded in a power that can be derived from the statute are invalid, and the extent of the municipality's powers is generally a matter of statutory interpretation.

198 In *Nanaimo*, *supra*, this Court held that the pragmatic and functional framework applies to the adjudicative decisions of municipalities. Review of the municipality's decision was divided into two steps: the preliminary question of whether the municipality had the authority to make this kind of decision and the decision itself. As long as the decision was

de procéder dans tous les cas à la vérification des mêmes facteurs, qu'ils soient pertinents ou non — méthode qui, selon moi, n'est ni pragmatique ni fonctionnelle.

La jurisprudence de la Cour portant sur des mesures prises par des conseils municipaux est intéressante ici, car le conseil scolaire possède maintes caractéristiques d'une municipalité. À l'instar d'un conseil municipal, le conseil scolaire est un corps élu ayant pour mission d'incorporer les vues de la collectivité dans le processus décisionnel local. À l'instar d'une municipalité, il exerce des pouvoirs conférés par la loi et son autonomie est délimitée par le texte de la loi (voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, par. 33-34, le juge Major). Dans ce sens crucial, le conseil scolaire et la municipalité diffèrent tous les deux de la législature, qui a le pouvoir absolu de légiférer dans les limites de sa compétence constitutionnelle.

Pour l'évaluation des mesures municipales, la Cour s'est toujours concentrée sur la question de savoir si la mesure en cause est permise et non pas si elle est raisonnable. L'adoption d'un règlement par une municipalité « peut faire l'objet d'un contrôle dans la mesure où il s'agit de déterminer si elle a agi dans les limites de sa compétence » (*Shell*, précité, p. 273). Les municipalités doivent leur existence à la loi et peuvent seulement exercer les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment de la loi et les pouvoirs accessoires essentiels à la réalisation de leurs fins (*R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, p. 668; *Hudson*, précité, par. 18). Les mesures non fondées sur un pouvoir susceptible de découler de la loi sont invalides, et l'étendue des pouvoirs de la municipalité est généralement affaire d'interprétation de la loi.

Dans *Nanaimo*, précité, la Cour a statué que l'approche pragmatique et fonctionnelle s'applique aux décisions juridictionnelles des municipalités. Le contrôle de la décision de la municipalité comporte deux étapes : d'abord déterminer si la municipalité avait le pouvoir de prendre ce genre de décision et ensuite analyser la décision elle-même.

intra vires, it was entitled to a high degree of deference, reflecting the fact that municipal councillors represent their constituents and know more about their needs and concerns than courts do (*Nanaimo*, at para. 35).

I would not take *Nanaimo* to imply that the framework for reviewing adjudicative decisions of municipalities is different in principle from the approach we have consistently taken in reviewing the actions of municipalities generally. The two-step inquiry in *Nanaimo* is simply another way of expressing the single test of *vires* that was applied in *Shell*, *supra*. The municipality's decision in *Nanaimo* would have been found to be patently unreasonable if it had been so capricious or arbitrary as to be beyond its legal powers. As this Court observed in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 55, "[t]he standard of patent unreasonableness is principally a jurisdictional test".

The Board's decision not to approve the three books had political and adjudicative aspects. It could be analogized to the passage of a by-law, or to the decision challenged in *Nanaimo*. In either case, the preliminary question is whether the Board acted legally; it could not validly exercise a power it did not have.

Although my conclusion on the legality of the decision leads me to think that the issue is not directly raised by this appeal, I would hold that the Board's educational policy decisions, as long as they are made validly pursuant to its powers, would be entitled to a very high level of deference. If anything, there are even more compelling reasons for deference in this context than there were in *Nanaimo*. What kind of educational materials are best suited to realizing the province's pedagogical objectives and to reflecting the preferences of the particular community served by the Board is a question on which courts are singularly ill-equipped to

Dans la mesure où cette décision relève du pouvoir de la municipalité, elle avait droit à la plus grande retenue judiciaire, du fait que les conseillers municipaux représentent leurs commettants et connaissent mieux que les cours de justice leurs besoins et les questions qui les préoccupent (*Nanaimo*, par. 35).

199 À mon avis, l'arrêt *Nanaimo* ne signifie pas que la méthode de contrôle des décisions juridictionnelles des municipalités diffère en principe de l'approche que nous avons toujours adoptée en matière de contrôle des mesures prises par des municipalités en général. L'examen en deux étapes mentionné dans *Nanaimo* ne représente qu'une autre façon d'énoncer le seul critère de compétence appliqué dans *Shell*, précité. La décision de la municipalité dans *Nanaimo* aurait été jugée manifestement déraisonnable si elle avait été irréfléchie ou arbitraire au point d'excéder la compétence légale de la municipalité. Comme la Cour l'a fait observer dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 55, « [l]a norme du caractère manifestement déraisonnable est principalement un critère applicable aux questions de compétence ».

200 La décision du conseil scolaire de ne pas approuver les trois manuels a une dimension politique et une dimension juridictionnelle. Elle pourrait se comparer à l'adoption d'un règlement ou encore à la décision contestée dans l'affaire *Nanaimo*. Dans les deux cas, il faut d'abord se demander si le conseil a agi légalement; il ne pouvait pas exercer validement un pouvoir qu'il ne possédait pas.

201 Bien que ma conclusion sur la question de la légalité de la décision m'amène à croire que ce point n'est pas directement soulevé dans le présent pourvoi, je conclus que les décisions en matière de politique de l'enseignement ont droit à une très grande retenue judiciaire, pourvu que le conseil les ait prises dans les limites de ses pouvoirs. À vrai dire, il est encore plus impérieux de faire preuve de retenue en l'espèce que dans l'affaire *Nanaimo*. Les cours de justice sont particulièrement mal outillées pour imposer leur point de vue sur le genre de matériel didactique qui permet le mieux d'atteindre les objectifs pédagogiques de la province et qui reflète

impose their views. Review of this decision on a reasonableness standard, in my respectful view, fails to give due recognition to the Board's role as a local government body accountable to the electorate. As long as it acts pursuant to its statutory powers, it is carrying out the will of the community it serves and in general is answerable to the community, not to the courts. But if it purports to exercise powers it does not have, its actions are invalid.

le mieux les préférences de la collectivité desservie par le conseil scolaire. J'estime que le contrôle de cette décision selon la norme du caractère raisonnable ne reconnaît pas suffisamment le rôle du conseil scolaire en tant qu'institution publique locale comptable à l'électorat. Tant qu'il agit dans les limites des pouvoirs que lui confère la Loi, le conseil scolaire accomplit la volonté de la collectivité qu'il dessert et s'explique généralement devant celle-ci et non les cours de justice. S'il tente d'exercer des pouvoirs qu'il ne possède pas, les mesures qu'il prend sont alors invalides.

202 I alluded above to the practical difficulties and the problems of legitimacy that can ensue if the pragmatic and functional approach is applied to the Board, and other bodies like it, in a formulaic way. Attention will be diverted from the real issue of legality to an unnecessary exploration of tangential questions. This needlessly drains the resources of courts, particularly trial courts, which must often devote a great deal of time to intricate arguments on the applicable standard of review before they can get to the heart of the matter.

J'ai fait allusion, plus haut, aux difficultés sur le plan pratique et au problème de légitimité qui peuvent surgir si on applique systématiquement au conseil scolaire et autres organismes semblables l'approche pragmatique et fonctionnelle. L'attention, au lieu de se concentrer sur la question de la légalité qui se pose vraiment, est déviée vers l'examen inutile de questions accessoires. Cela épuise inutilement les ressources des cours de justice — en particulier celles des tribunaux de première instance — qui, avant d'entrer dans le vif du sujet, doivent souvent consacrer énormément de temps à l'examen d'arguments complexes concernant la norme de contrôle applicable.

203 In any dispute about the standard of review, some combination of factors will almost always indicate more deference while others point to less deference. Indeed, at times a single factor will raise competing considerations, as the second factor of expertise is said to do in this case. As a result, it can be expected that the most frequent outcome of balancing the factors on both sides will be a conclusion that review should be on the compromise standard of reasonableness.

Dans tout litige portant sur la norme de contrôle, une certaine combinaison de facteurs indique presque toujours un degré plus élevé de retenue alors que d'autres indiquent un degré moins élevé. En fait, il arrive parfois qu'un seul facteur fasse intervenir des considérations divergentes, comme ce serait le cas de l'expertise, en l'espèce. On peut donc s'attendre à ce que l'évaluation des facteurs opposés appuie le plus souvent la conclusion que le contrôle doit se faire selon la solution de compromis qu'est la norme du caractère raisonnable.

204 The reasonableness standard may entail practical problems of its own. It is perhaps the most difficult of the three standards to apply in a manner that is attentive both to the prerogatives of the administrative body and to the court's supervisory responsibilities. The difference between review on a correctness standard and review on a standard of patent unreasonableness is intuitive and relatively easy to

La norme du caractère raisonnable peut en pratique donner lieu à des problèmes. Des trois normes, elle est peut-être la plus difficile à appliquer d'une manière qui tienne compte à la fois des prérogatives de l'organisme administratif et du rôle de surveillance que doivent exercer les cours de justice. La différence entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme du

observe. But many courts, including this one, struggle to keep reasonableness analytically distinct from correctness on the one hand and patent unreasonableness on the other. The application of the reasonableness standard involves a delicate analysis that is necessary and helpful when appropriate. The need for its conventional application becomes less compelling in cases like this one, where the key issue to be resolved boils down to a question of legality which turns on the interpretation of the statutory grant of power.

caractère manifestement déraisonnable est intuitive et relativement facile à constater. Toutefois, de nombreuses cours de justice, dont notre Cour, s'emploient à maintenir la distinction, sur le plan analytique, entre la norme du caractère raisonnable et celle de la décision correcte, d'une part, et entre la norme du caractère raisonnable et celle du caractère manifestement déraisonnable, d'autre part. L'application de la norme du caractère raisonnable comporte une analyse délicate qui, dans les cas qui s'y prêtent, s'avère nécessaire et utile. Le besoin de l'appliquer de la manière habituelle est moins pressant dans un cas comme celui-ci, où il s'agit essentiellement de résoudre une question de légalité dont la solution dépend de l'interprétation du pouvoir conféré par la Loi.

The danger that the reasonableness standard could be overused leads, in turn, to the danger that the line dividing the role of a local government body from that of a reviewing court will be blurred. It is important to keep that line distinct, for it helps to maintain the separation between the judiciary and representative government. The insulation of the judicial and political spheres from each other does not only protect our independent judiciary from political interference (see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3). It also protects political bodies from excessive interference by the courts. It is beyond the scope of legitimate judicial review to apply a standard of reasonableness to the actions of local policy-making entities like municipalities and school boards. Courts should not be tempted to replace the decisions of such bodies with their own view of what is reasonable, or to become unduly involved in the management of towns, cities and schools.

205 Le risque de recours excessif à la norme du caractère raisonnable comporte le risque que s'estompe la ligne de démarcation entre le rôle d'une institution publique locale et celui d'une cour de justice chargée de contrôler les décisions de telles institutions. Il importe que cette ligne de démarcation reste marquée, car elle permet de maintenir la séparation entre le judiciaire et un gouvernement représentatif. La séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir politique ne protège pas seulement l'indépendance des cours de justice contre toute ingérence politique (voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3). Elle protège également les corps politiques contre toute ingérence excessive de la part des cours de justice. L'application de la norme du caractère raisonnable aux décisions des entités locales chargées d'établir des politiques, comme les municipalités et les conseils scolaires, dépasse le cadre du contrôle judiciaire légitime. Les cours de justice ne devraient pas céder à la tentation de remplacer les décisions de ces organismes par leur propre perception de ce qui est raisonnable, ou de trop intervenir dans la gestion des villes, des cités et des écoles.

III. The Legality of the Resolution

III. La légalité de la résolution

206 In my view, we should focus on whether the Board acted legally, consistent with its mandate under the *School Act*. I respectfully agree with

J'estime qu'il faut se concentrer sur la question de savoir si le conseil scolaire a agi légalement en conformité avec le mandat que lui confie la *School*

the Chief Justice that the *School Act*'s directive to observe principles of secularism and non-sectarianism is at the heart of this case. All the other factors canvassed by the majority do not change the fact that in the end we identify the same central issue and agree on how it should be resolved.

207 Clearly, the Board was authorized to approve or not to approve books for classroom use. But its authority is limited by the requirements in ss. 76(1) and 76(2) of the Act to conduct schools on "strictly secular and non-sectarian principles", and to inculcate "[t]he highest morality" while avoiding the teaching of any "religious dogma or creed". The evidence in this appeal leads me to conclude that the way the Board dealt with the three books was inconsistent with the *School Act*'s commitment to secularism and non-sectarianism. The decision not to approve the books was primarily driven by a desire to accommodate the beliefs of a number of parents, and at least one Board member, that homosexuality is wrong and should be condemned. Pedagogical policy shaped by such beliefs cannot be secular or non-sectarian within the meaning of the *School Act*.

208 I am in substantial agreement with the Chief Justice's views on the meaning of these provisions. Like her, I take the words "secular" and "non-sectarian" in the *School Act* to imply that no single conception of morality can be allowed to deny or exclude opposed points of view. I would also note that the language of the *School Act* must be interpreted with awareness of its context and history, which are particular to the province of British Columbia. In this connection, the analysis of Mackenzie J.A. observed that s. 76 and its precursor provisions, dating back to the *Common School Act, 1865*, "aimed toward a non-denominational system of public education and prohibition of control by any denominational establishment" ((2000), 191 D.L.R. (4th) 128, at para. 21). British Columbia has changed since this provision was first adopted, and today the words "strictly

Act. Je partage l'opinion du Juge en chef que la directive de la *School Act* d'observer les principes de laïcité et de non-confessionnalisme est au cœur du litige en l'espèce. Tous les autres facteurs examinés par les juges majoritaires ne changent rien au fait qu'en définitive nous relevons la même question centrale et nous nous entendons sur la façon de la résoudre.

Il est évident que le conseil scolaire pouvait approuver ou refuser d'approuver l'utilisation en classe des manuels en question. Cependant, l'exercice de ce pouvoir est limité par les par. 76(1) et (2) de la Loi, qui exigent que les écoles fonctionnent selon [TRADUCTION] « des principes strictement laïques et non confessionnels » et que « [l]es plus hautes valeurs morales » y soient inculquées, qu'aucun « dogme religieux » ni aucune « croyance religieuse » n'y soient enseignés. La preuve en l'espèce m'amène à conclure que le conseil scolaire a traité les trois manuels d'une manière incompatible avec l'engagement de laïcité et de non-confessionnalisme que l'on constate dans la *School Act*. La décision de ne pas approuver les manuels s'explique principalement par la volonté de respecter la conviction d'un certain nombre de parents, et d'au moins un conseiller, que l'homosexualité est répréhensible et doit être condamnée. Toute politique pédagogique fondée sur de telles croyances ne saurait être laïque ou non confessionnelle au sens de la *School Act*.

Je souscris, pour l'essentiel, au point de vue du Juge en chef sur le sens à donner à ces dispositions. Je partage son avis que les termes « laïques » et « non confessionnels », dans la *School Act*, signifient qu'aucune conception particulière de la moralité ne doit servir à rejeter ou à écarter des points de vue opposés. Je ferais également remarquer qu'il faut interpréter le texte de la *School Act* en tenant compte de son contexte et de son histoire, qui sont spécifiques à la Colombie-Britannique. À cet égard, le juge Mackenzie de la Cour d'appel a souligné que l'art. 76 et les dispositions qui l'ont précédé, qui remontent à la *Common School Act, 1865*, [TRADUCTION] « visaient à établir un système d'enseignement public non confessionnel et à interdire l'exercice d'un droit de regard par quelque établissement confessionnel » ((2000), 191 D.L.R. (4th)

secular" and "non-sectarian" must be interpreted in a manner cognizant of the inclusion of many adherents of non-Christian religions, as well as persons of no religious affiliation, in the province's population. The meaning of the statutory language has evolved in the modern context, but the underlying concern is still the same: to ensure that the public school system is not a vehicle for indoctrinating children in any particular set of beliefs, religious or otherwise.

128, par. 21). La Colombie-Britannique a changé depuis que cette disposition a été adoptée pour la première fois; de nos jours, il faut interpréter les termes « strictement laïques » et « non confessionnels » en tenant compte du fait que la population de la province compte désormais un nombre important d'adeptes de religions non-chrétiennes et de personnes sans appartenance religieuse. Le sens du texte de la Loi a évolué dans le contexte moderne, mais la préoccupation sous-jacente demeure la même : garantir que le système d'enseignement public ne serve pas à inculquer aux enfants un ensemble particulier de croyances religieuses ou autres.

I share the view of both Mackenzie J.A. and the Chief Justice that s. 76 does not prohibit decisions about school governance that are informed by religious belief. As Mackenzie J.A. points out, the history of the words "secular" and "non-sectarian", which at the time they were adopted meant something like "non-denominational Christia[n]", makes such a conclusion impossible. Furthermore, it is precluded by the language and the spirit of s. 76, which aims to foster tolerance and diversity of views, not to shut religion out of the arena. I respectfully disagree with the opinion of the chambers judge that s. 76 forbids the Board to make any decision based on religious considerations, and requires its members to confine their religious beliefs to the private sphere. In my opinion, this approach would almost make religious unbelief into a species of sectarianism or dogma.

209 Je conviens avec le juge Mackenzie et le Juge en chef que l'art. 76 n'interdit pas les décisions relatives à l'administration scolaire fondées sur des croyances religieuses. Comme le fait observer le juge Mackenzie, pareille conclusion est impossible en raison des termes « laïques » et « non confessionnels », qui, à l'époque de leur adoption, avaient en quelque sorte le sens de « non confessionnels chrétiens ». De plus, elle est impossible en raison du texte et de l'esprit de l'art. 76, qui vise à promouvoir la tolérance et la diversité d'opinions, et non à faire en sorte que la religion disparaisse de l'échiquier. Je ne souscris pas à l'opinion du juge en chambre que l'art. 76 interdit au conseil scolaire de prendre des décisions fondées sur des considérations religieuses et qu'il oblige les membres du conseil scolaire à reléguer leurs croyances religieuses au domaine privé. J'estime que cette approche ferait presque de la non-croyance une sorte de sectarisme ou de dogme.

The powers of trustees to make policy decisions reflecting their beliefs or those of parents do not extend as far as their personal freedom of religion and conscience, but it does not follow that their decisions may not be influenced by religious convictions. What s. 76 rules out is policy based on beliefs that are intolerant of others. It is of little import whether those beliefs are religious, moral or philosophical.

210 Le pouvoir des conseillers de prendre des décisions de politique générale reflétant leurs croyances ou celles de parents n'est pas aussi étendu que leur liberté de conscience et de religion. Cependant, il ne s'ensuit que leurs décisions ne peuvent pas être influencées par des convictions religieuses. Ce que l'art. 76 prohibe, c'est l'adoption de politiques fondées sur des croyances caractérisées par l'intolérance. Il importe peu que ces croyances soient religieuses, morales ou philosophiques.

Section 76 does not limit in any way the freedom of parents and Board members to adhere to a

211 L'article 76 ne limite aucunement la liberté des parents et des membres du conseil scolaire

religious doctrine that condemns homosexuality. It does prohibit the translation of such doctrine into policy decisions by the Board, to the extent that they reflect a denial of the validity of other points of view. There is no difficulty in reconciling the *School Act*'s commitment to secularism with freedom of religion. Freedom of religion is not diminished, but is safeguarded, by the state's abstention from favouring or promoting any specific religious creed.

d'adhérer à une doctrine religieuse qui condamne l'homosexualité. Mais il interdit au conseil scolaire de prendre des décisions de politique générale reflétant cette doctrine, dans la mesure où elles traduisent le refus de reconnaître la validité d'autres points de vue. Il n'est pas difficile de concilier la liberté de religion avec l'engagement de laïcité que l'on constate dans la *School Act*. Que l'État s'abstienne de favoriser ou de promouvoir des principes religieux particuliers ne compromet pas la liberté de religion, mais contribue plutôt à la protéger.

212 Reasonable people may disagree about the precise meaning of the terms "secular" and "non-sectarian", and the Board's own interpretation of them may well be entitled to curial deference. But I do not think it is possible on any interpretation to reconcile the requirements of secularism and non-sectarianism with the decision it made here, one that was fundamentally animated by the conviction of certain parents that materials which might suggest a moral perspective different from their own were not to be tolerated. Disagreement with the practices and beliefs of others, while certainly permissible and perhaps inevitable in a pluralist society, does not justify denying others the opportunity for their views to be represented, or refusing to acknowledge their existence. Whatever the personal views of the Board members might have been, their responsibility to carry out their public duties in accordance with strictly secular and non-sectarian principles included an obligation to avoid making policy decisions on the basis of exclusionary beliefs. In effect, the Board circumvented the policy set out by the legislature in s. 76. As the legislature's delegate, it lacked the authority to do so, and by doing so it rendered its decision patently unreasonable.

Des gens raisonnables peuvent entretenir des opinions divergentes sur le sens précis des termes « laïques » et « non confessionnels », et il se peut bien que l'interprétation qu'en donne le conseil scolaire lui-même ait droit à la retenue judiciaire. Cependant, j'estime qu'aucune interprétation ne permet de concilier les exigences de laïcité et de non-confessionnalisme avec la décision du conseil en l'espèce. Celle-ci est essentiellement motivée par la conviction de certains parents que le matériel susceptible de proposer un point de vue moral différent du leur ne pouvait être toléré. Dans une société pluraliste, il est sûrement acceptable, voire inévitable, de désapprouver les pratiques et les croyances d'autrui. Cela ne justifie pas pour autant que l'on refuse à d'autres la possibilité de faire valoir leur point de vue, ou que l'on refuse de reconnaître leur existence. Quelles que soient les opinions personnelles des membres du conseil scolaire, leur obligation de s'acquitter de leurs tâches publiques selon des principes strictement laïques et non confessionnels comporte celle d'éviter de prendre des décisions de politique générale fondées sur des croyances prônant l'exclusion. En réalité, le conseil scolaire a contourné la politique énoncée à l'art. 76 par le législateur. En sa qualité de délégataire du législateur, il n'était pas habilité à le faire, et la façon dont il a agi a rendu sa décision manifestement déraisonnable.

213 The affidavits filed by many of the parents explain their reasons for opposing approval of the three books. One parent's affidavit, quoted by the chambers judge at para. 89 ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222), stated "[w]e believe, and would like to teach our children that according to our religious

Dans leurs affidavits, de nombreux parents expliquent pourquoi ils s'opposent à l'approbation des trois manuels. L'affidavit d'un parent, cité par le juge en chambre ((1998), 168 D.L.R. (4th) 222, par. 89) dit : [TRADUCTION] « Nous croyons, et nous aimerions enseigner à nos enfants que, selon nos

views, the homosexual lifestyle is wrong." Another parent said "I wish to teach my children according to my own religious beliefs and oppose lessons at school which contradict what I am attempting to teach my children." I have no doubt that the affiants are good, nurturing parents who deserve credit for the care they are taking to impart religious and moral values to their children. But their children go to school in a system in which no one doctrine (religious or otherwise) can be imposed so as to condemn a lifestyle that does not fit with its values, or to preclude the discussion of any other point of view. In such a system, they will not be shielded from lessons that may contradict what their parents teach them.

convictions religieuses, le mode de vie homosexuel est répréhensible. » Un autre parent affirme : « Je tiens à élever mes enfants selon mes propres croyances religieuses et je m'oppose à tout enseignement scolaire contraire à ce que je tente d'inculquer à mes enfants. » Je ne doute nullement que les auteurs de ces affidavits sont de bons parents pleins de sollicitude qui ont le mérite de veiller à inculquer à leurs enfants des valeurs religieuses et morales. Toutefois, leurs enfants se trouvent dans un système scolaire où il est interdit d'imposer une doctrine (religieuse ou autre) qui condamne un mode de vie ne correspondant pas aux valeurs qu'il préconise ou qui empêche de débattre tout autre point de vue. Dans un tel système, ils ne sont pas à l'abri d'un enseignement qui peut aller à l'encontre de ce que leur enseignent leurs parents.

The incompatibility of the views expressed in the affidavits with the principles of secularism and non-sectarianism would perhaps be even more apparent if the parents had objected to the portrayal of families of a particular religious background — Muslim families, for example. No doubt the practices of Muslims are contrary to the teachings of some other religions; indeed, their beliefs are deeply opposed to those of some other religions. But Christian or Hindu parents could not object (unless they renounced any claim that their objections were non-sectarian) to the mere presence of a Muslim family in a story book, or the mere intimation that happy, likeable Muslim families exist, on the basis that Muslims do and believe some things with which they do not agree, or that encountering these stories might bring children face to face with the reality that not everyone shares their parents' beliefs. Parents who raised such objections would demonstrate their outright rejection of the principles of pluralism and tolerance enshrined in the *School Act* and, indeed, at the very heart of the Canadian society in which young schoolchildren are learning to participate. 214

L'incompatibilité des opinions dans les affidavits avec les principes de laïcité et de non-confessionnalisme ressortirait peut-être davantage si les parents s'étaient opposés à ce que soient représentées des familles ayant un héritage religieux particulier — des familles musulmanes, par exemple. Il est indubitable que les pratiques des musulmans vont à l'encontre des enseignements de certaines autres religions; en fait, leurs croyances sont profondément opposées à celles d'autres religions. Cependant, des parents chrétiens ou hindous ne pourraient pas s'opposer (à moins de reconnaître que leurs objections sont de nature confessionnelle) à la seule présence d'une famille musulmane dans un livre d'histoires, ou à la simple suggestion que des familles musulmanes sympathiques et heureuses existent, pour le motif que les musulmans font des choses ou ont des croyances qu'ils n'acceptent pas, ou encore que ces histoires peuvent éventuellement faire prendre conscience aux enfants que les croyances de leurs parents ne font pas l'unanimité au sein de la population. Les parents qui soulèveraient ces objections démontreraient qu'ils rejettent catégoriquement les principes de pluralisme et de tolérance qui sont consacrés dans la *School Act* et qui, en fait, sont au cœur même de la société canadienne à laquelle les jeunes écoliers apprennent à participer.

The legislature has delegated a broad discretion to the Board in choosing educational materials, and 215

Le législateur a délégué au conseil scolaire un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de

there is no positive obligation on it to introduce books that portray same-sex parented families. But when the possibility of doing so was placed before it, it had a duty to consider the matter in accordance with the values of secularism and non-sectarianism, and to arrive at a decision that avoided the taint of intolerance. It is not the prerogative of the Board to repeal or override the legislated policy of running schools on strictly secular and non-sectarian principles, whether in response to pressure from certain parents or for any other reason. The distaste of some parents for books that do not conform with their personal beliefs cannot shape the policy of a pluralist education system that has proclaimed its commitment to accepting and celebrating diversity.

Appeal allowed with costs, GONTHIER *and* BASTARACHE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitors for the respondent: Dives, Grauer & Harper, Vancouver.

Solicitors for the intervener EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson, Lundell, Vancouver.

Solicitors for the intervener Families in Partnership: Green & Chercover, Toronto.

Solicitors for the intervener the Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford): Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Elementary Teachers' Federation of Ontario: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Archdiocese of Vancouver, the Catholic Civil Rights League and

sélection du matériel pédagogique, et celui-ci n'est pas formellement tenu de choisir des livres illustrant des familles homoparentales. Toutefois, lorsqu'il avait l'occasion de le faire, il avait l'obligation d'étudier la question selon les valeurs de la laïcité et du non-confessionnalisme, et de prendre une décision non teintée d'intolérance. Il n'a pas la prérogative d'abroger la politique prévue par la Loi de diriger des écoles selon des principes strictement laïques et non confessionnels, ou d'y déroger, par suite de pressions de la part des parents ou pour tout autre motif. La répugnance de certains parents à l'égard des livres incompatibles avec leurs convictions personnelles ne saurait dicter la politique d'un système d'enseignement pluraliste reposant sur l'engagement à accepter et à valoriser la diversité.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER *et* BASTARACHE *sont dissidents.*

Procureurs des appelants : Arvay Finlay, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Dives, Grauer & Harper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante EGALE Canada Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Lawson, Lundell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Families in Partnership : Green & Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Board of Trustees of School District No. 34 (Abbotsford) : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'élémentaire de l'Ontario : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Alliance évangélique du Canada, l'Archidiocèse de Vancouver, la Ligue catholique des droits de l'homme et

the Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Canadian Alliance for Social Justice and Family Values Association : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — School boards — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Standard of review applicable to Board's decision — Whether Board's decision reasonable — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 76.

CHAMBERLAIN v. SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36, 710

BANKS AND BANKING OPERATIONS

Bills of exchange — Conversion — Sole shareholder and directing mind of A and B corporations altering cheque payable to A by adding B as a payee — Bank accepting unendorsed cheque for deposit in B's account — Bank crediting B's account and shareholder later withdrawing funds — Whether Bank liable in conversion.

373409 ALBERTA LTD. (RECEIVER OF) v. BANK OF MONTREAL, 312

CIVIL LIABILITY

1. Municipal councillor — Defamation — Rules of civil liability applicable to wrongful individual act of municipal councillor in Quebec — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1376, 1457.

PRUD'HOMME v. PRUD'HOMME, 663

2. Civil liability — Municipal councillor — Defamation — Common law defences — Whether defence of fair comment and defence of qualified privilege applicable to Quebec rules of civil liability — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

PRUD'HOMME v. PRUD'HOMME, 663

3. Municipal councillor — Defamation — Ratepayers suing municipal councillor for defamation for remarks made at regular meeting of municipal council that allegedly interfered with their reputation — Whether municipal councillor

CIVIL LIABILITY — Concluded

committed a fault — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

PRUD'HOMME v. PRUD'HOMME, 663

CIVIL RIGHTS

Economic and social rights — Financial assistance — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to measures of financial assistance — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 45 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

GOSSELIN v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 429

CONFLICT OF LAWS

1. Jurisdiction of Quebec courts — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — Whether Quebec courts can assert jurisdiction — Whether damage to plaintiff's reputation meets "damage" ground under art. 3148(3) C.C.Q. — Whether such damage constitutes "injurious act" within meaning of art. 3148(3) — Whether "real and substantial connection" requirement must be satisfied in determining jurisdiction of Quebec courts.

SPAR AEROSPACE LTD. v. AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP., 205

2. Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Personal action of a patrimonial nature — Business venture between multi-jurisdictional parties — Plaintiff bringing action in Quebec courts — If Quebec courts have jurisdiction, whether jurisdiction should be declined on basis of doctrine of forum non conveniens pursuant to art. 3135 C.C.Q.

SPAR AEROSPACE LTD. v. AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP., 205

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Security of the person — Right to privacy — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

RUBY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL), 3

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Provisions infringing freedom of expression — Whether infringement constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

RUBY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL), 3

3. Charter of Rights — Equality rights — Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples discriminatory within meaning of s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) V. WALSH, 325

4. Charter of Rights — Equality — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

GOSSELIN V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 429

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Security of person — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

GOSSELIN V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 429

COSTS

Supreme Court of Canada — Constitutional issues — Constitutional issues raised by appellant serious, important and novel in context of access to information litigation — Appropriate in this case to award costs of proceedings in Supreme Court and courts below to appellant even though appeal only allowed in part — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

RUBY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL), 3

CRIMINAL LAW

1. Similar fact evidence — Sexual assault — Trial judge not erring in excluding similar fact evidence.

R. V. HARVEY, 311

2. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Charge to jury giving rise to reasonable likelihood that jury misapprehended correct standard of proof.

R. V. SQUIRES, 323

FAMILY LAW

Division of matrimonial property — Definition of "spouse" — Definition of "spouse" in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples from definition of spouse constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).

NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) V. WALSH, 325

INDIANS

1. Reserves — Crown's fiduciary duty — Content of Crown's fiduciary duty before and after reserve is created.

WEWAYKUM INDIAN BAND V. CANADA, 245

2. Reserves — Crown's fiduciary duty — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in

INDIANS — Concluded

Federal Court — Whether Crown breached its fiduciary duty — Whether "equitable" remedies available — Whether defences of laches and acquiescence apply.

WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA, 245

LIMITATION OF ACTIONS

Federal Court — Indian claims — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether bands' claims statute barred — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, s. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 14(3).

WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA, 245

PATENTS

1. Validity — Standard of review — Appropriate standard of review of patent issues of mixed fact and law.

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

2. Validity — Biotechnology — New use for old compound — Statutory requirement for invention — Utility — Doctrine of sound prediction — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether patent valid — Whether doctrine of sound prediction applies — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 "invention", 27, 34(1).

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

3. Validity — Covetous claiming — Patent holder claiming prophylactic as well as treatment properties for AZT — Whether claim exceeds disclosure.

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

4. Inventorship — Inventors and verifiers — Patent holder identifying new use for compound in treatment and prophylaxis of AIDS — Whether verifiers who performed critical testing co-inventors — Whether omission to name them "wilfully made for the purpose of misleading" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 53(1).

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

PATENTS — Concluded

5. Patentable subject matter — Standard of review — Standard of review applicable to Commissioner of Patent's decision to refuse patent.

HARVARD COLLEGE v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS), 45

6. Patentable subject matter — Biotechnology — Patentability of higher life forms — College seeking to patent genetically altered mouse for cancer research — Whether "invention" encompasses higher life forms — Meaning of "manufacture" and "composition of matter" — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 "invention".

HARVARD COLLEGE v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS), 45

PRIVACY

1. Access to personal information — Exemptions — Law enforcement and investigation — Whether exemption in s. 22(1)(b) of Privacy Act limited to current investigations — Whether notion of "injury" in s. 22(1)(b) to be extended to investigations in general — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b).

RUBY v. CANADA (SOLICITOR GENERAL), 3

2. Access to personal information — Review by Federal Court where access refused — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

RUBY v. CANADA (SOLICITOR GENERAL), 3

SCHOOLS

1. School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board applied criteria required by School Act, curriculum and its own regulation for approving supplementary learning resources — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

CHAMBERLAIN v. SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36, 710

SCHOOLS — Concluded

2. School boards — Powers and duties — Selection of books for use in classrooms — Meaning of secularism and non-sectarianism in School Act — School Board passing resolution declining to approve three books depicting same-sex parented families as supplementary learning resources for use in Kindergarten-Grade One classrooms — Whether Board acted in manner that accorded with secular mandate of School Act — Whether requirements of secularism and non-sectarianism preclude Board making decisions based on religious considerations — School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 76, 85.

CHAMBERLAIN v. SURREY SCHOOL DISTRICT No. 36, 710

INDEX

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

Lettres de change — Détournement — L'unique actionnaire et l'âme dirigeante des sociétés A et B a modifié le libellé du chèque payable à A en y ajoutant B en qualité de preneur — La banque a accepté le chèque non endossé pour le déposer au compte de B et l'actionnaire a par la suite retiré les fonds — La banque est-elle responsable de détournement?

373409 ALBERTA LTD. (SÉQUESTRE DE) C. BANQUE DE MONTRÉAL, 312

BREVETS

1. Validité — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable aux questions mixtes de droit et de fait en matière de brevets.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

2. Validité — Biotechnologie — Nouvelle utilisation d'un composé déjà connu — Condition légale à remplir pour qu'il y ait invention — Utilité — Règle de la prédiction valable — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Le brevet est-il valide? — La règle de la prédiction valable s'applique-t-elle? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention », 27, 34(1).

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

3. Validité — Visées trop ambitieuses — Titulaire du brevet revendiquant des propriétés prophylactiques et thérapeutiques en ce qui concerne l'AZT — Cette revendication excède-t-elle la portée de la divulgation?

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

4. Paternité de l'invention — Inventeurs et vérificateurs — Découverte par le titulaire du brevet d'une nouvelle utilisation du composé dans le traitement et la prophylaxie du sida — Les vérificateurs ayant effectué des tests cruciaux sont-ils des coïnventeurs? — L'omission de les désigner a-t-elle été « volontairement faite pour induire en erreur »? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 53(1).

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD., 153

BREVETS — Fin

5. Objet brevetable — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable au refus du commissaire aux brevets de délivrer le brevet sollicité.

HARVARD COLLEGE C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS), 45

6. Objet brevetable — Biotechnologie — Brevetabilité des formes de vie supérieures — Collège cherchant à faire breveter une souris génétiquement modifiée pour les fins de la recherche sur le cancer — Le mot « invention » englobe-t-il les formes de vie supérieures? — Sens des mots « fabrication » et « composition de matières » — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2 « invention ».

HARVARD COLLEGE C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS), 45

DÉPENS

Cour suprême du Canada — Questions constitutionnelles — Questions constitutionnelles soulevées par l'appelant comportant un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information — Il convient en l'espèce d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour suprême et devant les juridictions inférieures même si l'appel est accueilli en partie seulement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL), 3

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conseils scolaires — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Norme de contrôle applicable à la

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

décision du conseil scolaire — La décision du conseil scolaire est-elle raisonnable? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76.

CHAMBERLAIN C. SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36, 710

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Droit à la vie privée — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL), 3

2. Charte des droits — Liberté d'expression — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Dispositions portant atteinte à la liberté d'expression — Cette atteinte est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL), 3

3. Charte des droits — Droits à l'égalité — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WALSH, 325

4. Charte des droits — Égalité — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

GOSSELIN C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 429

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

GOSSELIN C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 429

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

DROIT CRIMINEL

1. Preuve de faits similaires — Agression sexuelle — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en excluant la preuve de faits similaires.

R. C. HARVEY, 311

2. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Exposé engendrant une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable.

R. C. SQUIRES, 323

DROIT DE LA FAMILLE

Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).

NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WALSH, 325

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. Compétence des tribunaux québécois — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts — Action de la

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ — Fin

demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Les tribunaux du Québec peuvent-ils se déclarer compétents? — L'atteinte portée à la réputation de la demanderesse satisfait-elle à l'exigence relative au « préjudice » de l'art. 3148(3) C.c.Q.? — L'atteinte à la réputation constitue-t-elle un « fait dommageable » au sens de l'art. 3148(3)? — L'exigence d'un « lien réel et substantiel » doit-elle être remplie pour déterminer la compétence des tribunaux québécois?

SPAR AEROSPACE LTÉE C. AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP., 205

2. Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Action personnelle à caractère patrimonial — Opération commerciale entreprise par des parties établies dans plusieurs ressorts — Action de la demanderesse intentée devant les tribunaux du Québec — Même si les tribunaux québécois sont compétents, devraient-ils se déclarer incompétents selon la doctrine du forum non conveniens conformément à l'art. 3135 C.c.Q.?

SPAR AEROSPACE LTÉE C. AMERICAN MOBILE SATELLITE CORP., 205

ÉCOLES

1. Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il appliqué les critères qu'exigent la School Act, le programme d'études et son propre règlement pour l'approbation des ressources d'apprentissage complémentaires? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

CHAMBERLAIN C. SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36, 710

2. Conseils scolaires — Pouvoirs et obligations — Sélection de manuels pour utilisation en classe — Signification de laïcité et de non-confessionnalisme dans la School Act — Adoption par le conseil scolaire d'une résolution par laquelle il refuse d'approuver, comme ressources d'apprentissage complémentaires pour la maternelle et la première année, trois manuels illustrant des familles homoparentales — Le conseil scolaire a-t-il agi d'une manière conforme au mandat de laïcité que lui confère la School Act? — Les exigences de laïcité et de non-confessionnalisme empêchent-elles le conseil scolaire de prendre des décisions d'après des considérations religieuses? — School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 76, 85.

CHAMBERLAIN C. SURREY SCHOOL DISTRICT NO. 36, 710

INDIENS

1. Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Étendue de cette obligation avant et après la création des réserves.

BANDE INDIENNE WEWAYKUM C. CANADA, 245

2. Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire? — Des recours en « equity » peuvent-ils être exercés? — Les défenses d'acquiescement et de manque de diligence s'appliquent-elles?

BANDE INDIENNE WEWAYKUM C. CANADA, 245

LIBERTÉS PUBLIQUES

Droits économiques et sociaux — Aide financière — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à des mesures d'assistance financière? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 45 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

GOSSELIN C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 429

PRESCRIPTION

Cour fédérale — Actions intentées par des Indiens — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — Les actions des bandes sont-elles prescrites par la loi? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 14(3).

BANDE INDIENNE WEWAYKUM C. CANADA, 245

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

1. Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Enquêtes — L'exception prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne vise-t-elle que les enquêtes en cours? — La portée du terme « nuire » utilisé à l'art. 22(1)b) doit-elle être étendue aux enquêtes en général? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22(1)b).

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL), 3

2. Accès aux renseignements personnels — Recours en révision devant la Cour fédérale en cas de refus de communication — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions sont-elles constitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

RUBY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL), 3

RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Conseiller municipal — Diffamation — Régime de responsabilité civile applicable à l'acte individuel fautif d'un conseiller municipal au Québec — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1376, 1457.

PRUD'HOMME C. PRUD'HOMME, 663

2. Conseiller municipal — Diffamation — Défenses de common law — La défense de commentaire loyal et honnête et la défense d'immunité relative sont-elles applicables au régime québécois de la responsabilité civile? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

PRUD'HOMME C. PRUD'HOMME, 663

3. Conseiller municipal — Diffamation — Contribuables poursuivant un conseiller municipal en diffamation à la suite de propos tenus lors d'une séance régulière du conseil municipal qui auraient porté atteinte à leur réputation — Le conseiller municipal a-t-il commis une faute? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

PRUD'HOMME C. PRUD'HOMME, 663