

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA)

ENTRE : **JESSICA ERNST**

APPELANTE

ET : **ALBERTA ENERGY REGULATOR**

INTIMÉ

ET : **PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
DAVID ASPER CENTRE FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS,
UNIVERSITY OF TORONTO FACULTY OF LAW**

INTERVENANTS

**RECUEIL DE SOURCES DE L'INTERVENANTE
PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC
Volume II : onglets 17 à 37**

Robert Desroches

Carole Souey

Ministère de la Justice du Québec

Direction du droit public

1200, route de l'Église, 2^e étage

Québec (Québec) G1V 4M1

Tél. : (418) 643-1477 poste 20759

Télec. : (418) 644-7030

Courriel : robert.desroches@justice.gouv.qc.ca

Pierre Landry

Noël & Associés

111, rue Champlain

Gatineau (Québec) J8X 3R1

Tél. : (819) 771-7393

Télec. : (819) 771-5397

Courriel : p.landry@noclassociés.com

Procureurs de l'INTERVENANTE,
Procureure générale du Québec

Correspondant de l'INTERVENANTE,
Procureure générale du Québec



THÉMIS MULTIFACTUM INC.
4, rue Notre-Dame Est, bur. 100, Montréal (Québec) H2Y 1B8
Téléphone : 514 866-3565 Télécopieur : 514 866-4861
info@multifactum.com www.multifactum.com



Recueil de sources de la Procureure générale du Québec, INTERVENANTE
LISTE DES PROCUREURS

LISTE DES PROCUREURS

Murray Klippenstein

W. Cory Wanless

160 John Street, Suite 300

Toronto (Ontario) M5V 2E5

Tél. : (416) 598-0288

Téléc. : (416) 598-9520

Courriel : murray.klippenstein@klippensteins.ca

Procureurs de l'appelante,

Jessica Ernst

Christopher Rootham

Nelligan O'Brien Payne LLP

1500-50 O'Connor Street

Ottawa (Ontario) K1P 6L2

Tél. : (613) 231-8311

Téléc. : (613) 788-3667

Courriel : christopher.rootham@nelligan.ca

Correspondant de l'appelante,

Jessica Ernst

Glenn Solomon, Q.C.

Christy Elliott

Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes LLP

800-304, 8 Avenue, S.W.

Calgary (Alberta) T2P 1C2

Tél. : (403) 571-1520

Téléc. : (403) 571-1528

Courriel : gsolomon@jssbarristers.ca

Procureurs de l'intimé,

Alberta Energy Regulator

Jeffrey W. Beedell

Gowling Lafleur Henderson LLP

160 Elgin Street, Suite 2600

Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Tél. : (613) 786-0171

Téléc. : (613) 788-3587

Courriel : jeff.beedell@gowlings.com

Correspondant de l'intimé,

Alberta Energy Regulator

Graeme G. Mitchell, Q.C.

Procureur général de la Saskatchewan

820-1874 Scarth Street

Regina (Saskatchewan) S4P 4B3

Tél. : (306) 787-8385

Téléc. : (306) 787-9111

Courriel : graeme.mitchell@gov.sk.ca

Procureur de l'intervenant,

Procureur général de la Saskatchewan

D. Lynne Watt

Gowling Lafleur Henderson LLP

160 Elgin Street, Suite 2600

Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Tél. : (613) 786-8695

Téléc. : (613) 788-3509

Courriel : lynne.watt@gowlings.com

Correspondante de l'intervenant,

Procureur général de la Saskatchewan

Jonathan G. Penner

Procureur général de la Colombie-Britannique

1001 Douglas Street, 6th Floor

Victoria (Colombie-Britannique) V8W 9J7

Tél. : (250) 952-0122

Téléc. : (250) 356-9154

Courriel : jonathan.penner@gov.bc.ca

Procureur de l'intervenant,

Procureur général de la Colombie-Britannique

Robert E. Honston, Q.C.

Burke-Robertson

441 MacLaren Street, Suite 200

Ottawa (Ontario) K2P 2H3

Tél. : (613) 236-9665

Téléc. : (613) 235-4430

Courriel : rhouston@burkerobertson.com

Correspondant de l'intervenant,

Procureur général de la Colombie-Britannique

Recueil de sources de la Proenrenre générale dn Québec, INTERVENANTE
LISTE DES PROCUREURS

Stnart Svonkin

Brendan Brammall

Michael Bookman

Chernos Flaherty Svonkin LLP

40 University Avenue, Suite 710

Toronto (Ontario) M5J 1T1

Tél. : (416) 855-0404

Télec. : (647) 725-5440

Courriel : ssvonkin@cfscounsel.com

Procureurs de l'intervenant,

Canadian Civil Liberties Association

Nadia Effendi

Borden Ladner Gervais LLP

World Exchange Plaza

100 Queen Street, Suite 1300

Ottawa (Ontario) K1P 1J9

Tél. : (613) 237-5160

Télec. : (613) 230-8842

Courriel : neffendi@blg.com

Correspondante de l'intervenant,

Canadian Civil Liberties Association

Ryan D.W. Dalziel

Emily C. Lapper

Bull, Housser & Tupper LLP

510 West Georgia Street, Suite 1800

Vancouver (Colombie-Britannique) V6B 0M3

Tél. : (604) 641-4881

Télec. : (604) 646-2671

Courriel : rdd@bht.com

Procureurs de l'intervenant,

British Columbia Civil Liberties Association

David Taylor

Power Law

130 Albert Street, Suite 1103

Ottawa (Ontario) K1P 5G4

Tél. : (613) 702-5563

Télec. : (613) 702-5563

Courriel : dtaylor@powerlaw.ca

Correspondant de l'intervenant,

British Columbia Civil Liberties Association

Raj Anand

Cheryl Milne

WeirFoulds LLP

Toronto-Dominion Centre

4100 – 66 Wellington Street

Toronto (Ontario) M5K 1B7

Tél. : (416) 947-5091

Télec. : (416) 365-1876

Courriel : ranand@weirfoulds.com

Procureurs de l'intervenant,

David Asper Centre for Constitutional Rights,

University of Toronto Faculty of Law

Sally Gomery

Norton Rose Fulbright Canada LLP

1500 – 45 O'Connor Street

Ottawa (Ontario) K1P 1A4

Tél. : (613) 780-8604

Télec. : (613) 230-5459

Courriel : sally.gomery@nortonrosefulbright.com

Correspondante de l'intervenant,

David Asper Centre for Constitutional Rights,

University of Toronto Faculty of Law

RECUEIL DE SOURCES DE L'INTERVENANTE
PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC

VOLUME I

Onglets

JURISPRUDENCE

<i>116845 Canada inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec, AZ-50067628, C.A. 1999-10-05</i>	1
<i>A. c. Décarie, 2014 QCCS 727</i>	2
<i>Aubry c. Éditions Vice-Versa inc., [1998] 1 R.C.S. 591</i>	3
<i>Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345</i>	4
<i>Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc., [2011] 1 R.C.S. 214</i>	5
<i>Canada (Procureur général) c. Hinse, 2013 QCCA 1513</i>	6
<i>Cilinger c. Québec (Procureur général), 2004 CanLII 39136 (QC CA)</i>	7
<i>Cooper c. Hobart, [2001] 3 R.C.S. 537</i>	8
<i>Dumont c. Québec (Procureur général), 2012 QCCA 2039</i>	9
<i>Finney c. Barreau du Québec, [2004] 2 R.C.S. 17</i>	10
<i>Gauthier c. Lambert, [1985] C.S. 927</i>	11
<i>Gauthier c. Lambert, [1988] R.D.J. 14 (C.A.)</i>	12
<i>Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, 2009 QCCA 2201</i>	13
<i>Guimond c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 347</i>	14
<i>Hinse c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 35</i>	15
<i>Just c. Colombie-Britannique, [1989] 2 R.C.S. 1228</i>	16

VOLUME II

<i>M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3</i>	17
<i>Miazga c. Kvello (Succession), [2009] 3 R.C.S. 339</i>	18
<i>Morier et Boily c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716</i>	19
<i>Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170</i>	20

TABLE DES MATIÈRES

(ii)

<i>Olivier c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 QCCA 70	21
<i>Proulx c. Québec (Procureur général)</i> , [2001] 3 R.C.S. 9	22
<i>Prud'homme c. Prud'homme</i> , [2002] 4 R.C.S. 663	23
<i>Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)</i> <i>c. Communauté urbaine de Montréal</i> , [2004] 1 R.C.S. 789	24
<i>R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée</i> , [2011] 3 R.C.S. 45	25
<i>R. c. Lippé</i> , [1991] 2 R.C.S. 114	26
<i>Ravndahl c. Saskatchewan</i> , [2009] 1 R.C.S. 181	27
<i>Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick</i> , [1996] 1 R.C.S. 825	28
<i>Royer c. Mignault</i> , [1988] R.J.Q. 670 (C.A.)	29
<i>Sirros c. Moore</i> , [1974] 3 ALL E.R. 776	30
<i>Vriend c. Alberta</i> , [1998] 1 R.C.S. 493	31

DOCTRINE

Patrice Garant, <i>Droit administratif</i> , 6 ^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010, p. 855-856 et 858-862.	32
David Phillip Jones et Anne S. de Villars, <i>Principles of Administrative Law</i> , 6 ^e éd., Toronto, Carswell, 2014, p. 771-777.	33

LÉGISLATION

<i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , RLRQ, c. C-12, art. 2b), 7, 24(1)	34
<i>Code civil du Québec</i> , RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1376	35
<i>Code des professions</i> , RLRQ, c. C-26, art. 193	36
<i>Loi sur les privilèges des magistrats</i> , RLRQ, c. P-24, art. 1 al. 2	37

**The Attorney General for
Ontario** *Appellant*

v.

M. *Respondent*

and

H. *Respondent*

and

**The Foundation for Equal Families, the
Women's Legal Education and Action Fund
(LEAF), Equality for Gays and Lesbians
Everywhere (EGALE), the Ontario Human
Rights Commission, the United Church of
Canada, the Evangelical Fellowship of
Canada, the Ontario Council of Sikhs, the
Islamic Society of North America, Focus on
the Family and REAL Women of
Canada** *Intervenants*

INDEXED AS: M. v. H.

File No.: 25838.

1998: March 18; 1999: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Definition of "spouse" — Family Law Act
extending right to seek support to members of unmar-
ried opposite-sex couples — Whether failure to provide
same rights to members of same-sex couples infringes
right to equality — If so, whether infringement justified
— Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1,
15(1) — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

*Family law — Spousal support — Definition of
"spouse" — Family Law Act extending right to seek
support to members of unmarried opposite-sex couples*

Le procureur général de l'Ontario *Appelant*

c.

M. *Intimée*

et

H. *Intimée*

et

**La Foundation for Equal Families, le Fonds
d'action et d'éducation juridiques pour les
femmes (FAEJ), Égalité pour les gais et les
lesbiennes (EGALE), la Commission
ontarienne des droits de la personne,
l'Église unie du Canada, l'Évangélique
Fellowship of Canada, l'Ontario Council of
Sikhs, l'Islamic Society of North America,
Focus on the Family et REAL Women of
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: M. c. H.

N° du greff: 25838.

1998: 18 mars; 1999: 20 mai.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
l'égalité — Définition de «conjoint» — Droit de deman-
der des aliments conféré par la Loi sur le droit de la
famille aux membres des couples de sexe différent non
mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux
membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au
droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle
justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés,
art. 1, 15(1) — Loi sur le droit de la famille, L.R.O.
1990, ch. F.3, art. 29.*

*Droit de la famille — Obligation alimentaire entre
conjoints — Définition de «conjoint» — Droit de
demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de*

— *Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

M. and H. are women who lived together in a same-sex relationship beginning in 1982. During that time they occupied a home which H. had owned since 1974. In 1982, M. and H. started their own advertising business. The business enjoyed immediate success and was the main source of income for the couple during the relationship. H.'s contribution to this company was greater than that of M. In 1983, M. and H. purchased a business property together. In 1986, they purchased as joint tenants a vacation property in the country. They later sold the business property and used the proceeds to finance the construction of a home on the country property. As a result of a dramatic downturn in the advertising business in the late 1980s, the parties' debt increased significantly. H. took a job outside the firm and placed a mortgage on her home to pay for her expenses and those of M. By the fall of 1992, M. and H.'s relationship had deteriorated. M. left the common home and sought an order for partition and sale of the house and other relief. M. later amended her application to include a claim for support pursuant to the provisions of the *Family Law Act* ("FLA"), and served notice of a constitutional question challenging the validity of the definition of "spouse" in s. 29, which includes a person who is actually married and also "either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited . . . continuously for a period of not less than three years". Section 1(1) defines "cohabit" as "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage". The motions judge held that s. 29 of the FLA offends s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that it is not saved by s. 1. She declared that the words "a man and woman" were to be read out of the definition of "spouse" in s. 29 and replaced with the words "two persons". H. appealed the decision and was joined in the appeal by the Attorney General for Ontario. The Court of Appeal upheld the decision, without costs, but suspended implementation of the declaration of invalidity for one year, to give the Ontario legislature time to amend the FLA. Neither M. nor H. appealed this decision. Leave to appeal to this Court was ultimately granted to the Attorney General for Ontario on the condition that M.'s costs were to be paid regardless of the outcome. M. was also granted the right to cross-appeal with respect to the Court of

M. et H. sont deux femmes qui ont fait vie commune à partir de 1982. Au cours de cette période, elles ont occupé une maison que H. possédait depuis 1974. En 1982, M. et H. ont mis sur pied leur propre agence de publicité. L'entreprise a connu un succès rapide et a été la principale source de revenus du couple au cours de l'union. La contribution de H. à cette entreprise était supérieure à celle de M. En 1983, M. et H. ont acheté ensemble un bien d'entreprise. En 1986, elles ont acquis à titre de copropriétaires une propriété de vacances à la campagne. Elles ont par la suite vendu le bien d'entreprise et ont utilisé le produit de la vente pour financer la construction d'une maison sur la propriété à la campagne. Par suite d'un fléchissement marqué du marché de la publicité à la fin des années 80, les parties se sont considérablement endettées. H. a pris un emploi à l'extérieur de l'entreprise et a hypothéqué sa maison pour payer ses dépenses et celles de M. À l'automne 1992, les rapports entre M. et H. s'étaient détériorés. M. a quitté la maison du couple et a sollicité une ordonnance de partage et de vente de la maison ainsi que d'autres mesures de réparation. M. a par la suite modifié sa demande pour y inclure une demande d'aliments conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* («LDF»), et elle a signifié un avis de question constitutionnelle contestant la validité de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29, qui vise la personne qui est effectivement mariée, de même que «l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas [...] de façon continue depuis au moins trois ans». Aux termes du par. 1(1), le mot «cohabiter» s'entend du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». Le juge des requêtes a statué que l'art. 29 de la LDF violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Elle a déclaré que les mots «l'homme et la femme» devaient être retranchés de la définition du terme «conjoint» à l'art. 29 de la LDF et remplacés par les mots «deux personnes». H. a interjeté appel de ce jugement et le procureur général de l'Ontario s'est joint à elle. La Cour d'appel a confirmé la décision sans adjuger de dépens, mais a suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de donner au législateur ontarien le temps de modifier la LDF.

Appeal's one-year suspension of the declaration, and its refusal to award costs.

Held (Gonthier J. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed, but the remedy should be modified. Section 29 of the *FLA* is declared of no force or effect. The effect of that declaration is temporarily suspended for a period of six months.

1. Constitutional Issue

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.: The proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, as set out in *Law*, requires the court to make the following three broad inquiries. First, 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? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

The *FLA* draws a distinction by specifically according rights to individual members of unmarried cohabiting opposite-sex couples, which by omission it fails to accord to individual members of cohabiting same-sex couples. The legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recognizing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society. The obligation to provide spousal support was extended to include relationships which exist between a man and a woman, have a specific degree of permanence and are conjugal. Since gay

Ni M. ni H. n'a interjeté appel de cet arrêt. L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a finalement été accordée au procureur général de l'Ontario à la condition que les dépens de M. lui soient payés quelle que soit l'issue de la cause. M. a aussi obtenu la permission de former un pourvoi incident quant à la suspension pour un an de la déclaration d'invalidité ordonnée par la Cour d'appel et à son refus d'adjuger des dépens.

Arrêt (le juge Gonthier est dissident quant au pourvoi principal): Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés, mais la réparation est modifiée. L'article 29 de la *LDF* est déclaré inopérant. L'effet de cette déclaration est temporairement suspendu pendant six mois.

1. La question constitutionnelle

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie: Selon la méthode qu'il convient d'adopter pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, telle qu'elle a été établie dans l'arrêt *Law*, le tribunal doit se poser les trois grandes questions qui suivent. Premièrement, 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? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

La *LDF* établit une distinction en accordant expressément à chacun des membres des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent des droits dont elle prive, par omission, chacun des membres des couples de même sexe qui vivent ensemble. Le législateur a rédigé l'art. 29 de manière à permettre à un homme ou à une femme de demander des aliments, reconnaissant ainsi qu'une dépendance financière peut survenir au sein d'une union intime, dans un contexte tout à fait étranger à l'éducation des enfants et à la discrimination fondée sur le sexe pouvant exister dans notre société. L'obligation alimentaire entre conjoints a été étendue aux unions formées par un homme et une femme qui remplissent

and lesbian individuals are capable of being involved in conjugal relationships, and since their relationships are capable of meeting the *FLA*'s temporal requirements, the distinction of relevance to this appeal is between persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence and persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence. It is thus apparent that the legislation has drawn a formal distinction between the claimant and others, on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation. Sexual orientation has already been determined to be an analogous ground to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

The central question of this appeal is whether the differential treatment imposed by the impugned legislation on an enumerated or analogous ground is discriminatory within the meaning of s. 15(1). This inquiry is to be undertaken in a purposive and contextual manner, focusing on whether the differential treatment imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant in a manner that 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.

Section 29 of the *FLA* creates a distinction that withholds a benefit from the respondent M. The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit, but must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. Further, the spousal support provisions of the *FLA* help protect the economic interests of individuals in intimate relationships.

This denial of a benefit violates the purpose of s. 15(1). One factor which may demonstrate that legislation that treats the claimant differently has the effect of demeaning the claimant's dignity is the existence of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. In this case, there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability and these circumstances are exacerbated by the impugned legislation. The legislative provision in question draws a distinction that prevents persons in a same-sex relationship from gaining access

des conditions de durée précises et sont conjugales. Étant donné que les gais et les lesbiennes peuvent former des unions conjugales et que ces unions peuvent remplir les conditions de durée fixées par la *LDF*, la distinction pertinente dans le présent pourvoi est établie entre les personnes formant une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne du même sexe. Il est par conséquent manifeste que la loi a établi une distinction formelle entre la demanderesse et d'autres personnes, laquelle est fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle a été jugée analogue aux motifs qui sont énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si la différence de traitement imposée par la loi contestée sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue est discriminatoire au sens du par. 15(1). Cet examen doit être effectué en fonction de l'objet visé et du contexte, et il doit être centré sur la question de savoir si la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote l'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 moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération.

L'article 29 de la *LDF* crée une distinction qui prive l'intimée M. d'un avantage. 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, mais doit aussi comprendre l'accès à un processus qui pourrait conférer un avantage économique ou autre. En outre, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* contribuent à protéger les intérêts économiques des personnes qui ont formé une union intime.

Ce refus d'accorder un avantage porte atteinte à l'objet du par. 15(1). L'un des facteurs susceptibles de démontrer que la loi traitant le demandeur différemment a pour effet de porter atteinte à sa dignité est la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés dont souffre la personne ou le groupe en question. Dans la présente affaire, il y a, dans une large mesure, préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage, et cette situation est accentuée par la loi contestée. La disposition législative en cause établit une distinction qui empêche les personnes formant une union

to the court-enforced and -protected support system. The denial of that potential benefit, which may impose a financial burden on persons in the position of the claimant, contributes to the general vulnerability experienced by individuals in same-sex relationships. A second relevant factor is that the legislation at issue fails to take into account the claimant's actual situation. Being in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship. Third, while the existence of an ameliorative purpose or effect may help to establish that human dignity is not violated where the person or group that is excluded is more advantaged with respect to the circumstances addressed by the legislation, the allegedly ameliorative purpose of this legislation does not do anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest protected by s. 29 of the *FLA* is fundamental. The exclusion of same-sex partners from the benefits of s. 29 promotes the view that M., and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. Such exclusion perpetuates the disadvantages suffered by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

The first stage of the justification test under s. 1 of the *Charter*, as outlined in *Oakes*, asks whether the legislation limiting a *Charter* right furthers a pressing and substantial objective. Where a law violates the *Charter* owing to underinclusion, this stage is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself. The purpose of the *FLA* (Parts I to IV) is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down. This is also one of the objectives of the impugned spousal support provisions in Part III; the other objective is to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals. Neither the *FLA* in general, nor Part III in particular, was designed to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships. Moreover, since the spousal support provisions in Part III are not primarily concerned with the

avec une personne du même sexe d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux. Cette négation d'un avantage potentiel, qui est susceptible d'imposer un fardeau financier aux personnes placées dans la situation de la demanderesse, est pour quelque chose dans la vulnérabilité générale dont souffrent les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Un deuxième facteur pertinent est que la loi en cause ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Union entre personnes de même sexe n'est pas synonyme d'union non durable ou non conjugale. Troisièmement, même si l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration peut aider à établir qu'il n'y a pas atteinte à la dignité humaine lorsque la personne ou le groupe qui est exclu est plus favorisé en ce qui concerne la situation visée par la loi, l'objet d'amélioration qu'aurait cette loi n'atténue aucunement l'allégation de discrimination en l'espèce. Quatrièmement, la nature du droit protégé par l'art. 29 de la *LDF* est fondamentale. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Comme il a été expliqué dans l'arrêt *Oakes*, la première étape du critère de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* consiste à se demander si la loi qui restreint un droit garanti par la *Charte* favorise la réalisation d'un objectif urgent et réel. Lorsqu'une loi porte atteinte à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à cette étape. La *LDF* (parties I à IV) vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes. Il s'agit également de l'un des objectifs des dispositions contestées qui portent sur l'obligation alimentaire entre conjoints et qui figurent à la partie III; l'autre objectif est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire. Ni la *LDF* en général ni la partie III en particulier, n'ont été conçues pour corriger les

protection of children, this is not part of the objective of s. 29 of the *FLA*. Providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses, are pressing and substantial objectives. These objectives promote both social justice and the dignity of individuals, which are values that underlie a free and democratic society.

Even if it were accepted that Part III of the *FLA* is meant to address the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, the required nexus between this objective and the chosen measures, required by the second stage of the s. 1 analysis, is absent in this case. A gender-neutral support system cannot be rationally connected to the goal of improving the economic circumstances of heterosexual women upon relationship breakdown. In addition, there is no evidence to demonstrate that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of the *FLA* in any way furthers the objective of assisting heterosexual women. Although there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships, this does not explain why the right to apply for support is limited to heterosexuals. The infrequency with which members of same-sex relationships find themselves in circumstances resembling those of many heterosexual women is no different from heterosexual men, who, notwithstanding that they tend to benefit from the gender-based division of labour and inequality of earning power, have as much right to apply for support as their female partners. The protection of children, even if it were accepted as an objective, also fails the rational connection test. It would have to be concluded that the spousal support provisions in Part III of the *FLA* are simultaneously underinclusive and overinclusive. They are overinclusive because members of opposite-sex couples are entitled to apply for spousal support irrespective of whether or not they are parents and regardless of their reproductive capabilities or desires. They are also underinclusive since an increasing percentage of children are being conceived and raised by lesbian and gay couples as a result of adoption, surrogacy and donor insemination. Nor is the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* rationally connected to the dual objectives of the spousal support provisions of providing for the equitable

désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent. De plus, étant donné que les dispositions de la partie III portant sur l'obligation alimentaire entre conjoints ne visent pas principalement la protection des enfants, il ne s'agit pas d'une partie de l'objectif de l'art. 29 de la *LDF*. Prévoir le règlement équitable des différends d'ordre économique à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et alléger le fardeau de l'État quant aux conjoints dépendants sont des objectifs urgents et réels. Ces objectifs favorisent la justice sociale et la dignité des personnes qui sont des valeurs sous-jacentes d'une société libre et démocratique.

Même s'il était accepté que la partie III de la *LDF* vise à corriger l'inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les mesures choisies, exigé à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier, est absent en l'espèce. Un régime d'obligation alimentaire ne faisant aucune distinction fondée sur le sexe ne peut pas être rationnellement lié à l'amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles à la rupture d'une union. En outre, rien ne démontre que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* puisse contribuer de quelque façon que ce soit à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles. Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent, cela n'explique pas pourquoi le droit de demander des aliments est limité aux hétérosexuels. Le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines. Même si elle était acceptée comme étant un objectif, la protection des enfants ne satisferait pas non plus au critère du lien rationnel. Il faudrait conclure que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est à la fois trop limitative et trop large. Leur portée est trop large parce que les membres des couples de sexe différent ont le droit de demander des aliments à leur conjoint, qu'ils aient une progéniture ou non et indépendamment de leur capacité ou désir d'en avoir une. Elles ont également une portée trop limitative

resolution of economic disputes that arise upon the breakdown of financially interdependent relationships and reducing the burden on the public purse. If anything, the goals of the legislation are undermined by the impugned exclusion. The inclusion of same-sex couples in s. 29 of the *FLA* would in fact better achieve the objectives of the legislation while respecting the *Charter* rights of individuals in same-sex relationships.

The appellant's case also fails the minimal impairment branch of the second stage of the *Oakes* test. The argument that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* minimally impairs M.'s s. 15 rights since reasonable alternative remedies are available where economic dependence does occur in such relationships cannot be accepted. Compared to awards of spousal support, the remedies available under the equitable doctrine of unjust enrichment are less flexible, impose more onerous requirements on claimants, and are available under far narrower circumstances. They therefore do not provide an adequate alternative to spousal support under the *FLA*. The law of contract is an equally unacceptable alternative to the spousal support scheme under the *FLA*. The voluntary assumption of mutual support obligations is not equivalent to a statutory entitlement to apply for a support order. Moreover, these alternative regimes do not address the fact that exclusion from the statutory scheme has moral and societal implications beyond economic ones. As no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the *FLA*, the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application here. Moreover, government incrementalism cannot constitute a reason to show deference to the legislature in this case.

puisqu'un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais grâce à l'adoption, aux contrats de grossesse et à l'insémination par don de sperme. L'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* n'est pas non plus rationnellement liée aux deux objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints, soit la résolution équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture des unions marquées par l'interdépendance financière et la réduction du fardeau financier de l'État. L'exclusion contestée risque plutôt de nuire à la réalisation des buts de la loi. En fait, l'inclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* favoriserait davantage la réalisation des objectifs de la loi tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux personnes formant une union avec une personne du même sexe.

L'argumentation de l'appelant ne satisfait pas non plus au volet de l'atteinte minimale, à la deuxième étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. On ne peut accepter l'argument voulant que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne porte atteinte que de façon minimale aux droits garantis à M. par l'art. 15, étant donné que d'autres recours peuvent raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein de telles unions. Par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours pouvant être exercés en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause en *equity* sont moins souples, imposent des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peuvent être exercés qu'en des circonstances bien plus restreintes. Ils ne constituent donc pas une solution de rechange valable aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le droit des contrats est une solution tout aussi inacceptable pour remplacer le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le fait de s'engager volontairement à se fournir mutuellement des aliments n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi de demander une ordonnance alimentaire. De plus, ces régimes de rechange passent sous silence le fait que l'exclusion du régime prévu par la loi a des incidences morales et sociétales qui débordent le cadre économique. Étant donné qu'aucun groupe ne sera défavorisé par l'octroi aux membres des couples de même sexe de l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, la notion de retenue à l'égard des choix du législateur appelé à trouver un point d'équilibre entre des groupes concurrents n'a aucune application en l'espèce. En outre, le gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l'espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur.

The impugned legislation also fails to survive the final branch of the s. 1 analysis. Where, as here, the impugned measures actually undermine the objectives of the legislation it cannot be said that the deleterious effects of the measures are outweighed by the promotion of any laudable legislative goals, or by the salutary effects of those measures.

If the remedy adopted by the court below is allowed to stand, s. 29 of the *FLA* will entitle members of same-sex couples who otherwise qualify under the definition of "spouse" to apply for spousal support. However, any attempt to opt out of this regime by means of a cohabitation agreement provided for in s. 53 or a separation agreement set out in s. 54 would not be recognized under the Act. As this option is available to opposite-sex couples, and protects the ability of couples to choose to order their own affairs in a manner reflecting their own expectations, "reading in" would in effect remedy one constitutional wrong only to create another, and thereby fail to ensure the validity of the legislation. Severing s. 29 of the Act such that it alone is declared of no force or effect is thus the most appropriate remedy here. This remedy should be temporarily suspended for a period of six months.

Per Major J.: The purpose of s. 29 of the *FLA*, as stated by the majority, is to allow persons who become financially dependent on one another in the course of a lengthy "conjugal" relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. The relationship at issue in this case meets those requirements. The exclusion of same-sex couples from the scheme to determine and redress this financial dependence on the basis of their sexual orientation denies them equal benefit of the law contrary to s. 15(1) of the *Charter*. In order to dispose of the appeal it is unnecessary to consider whether other types of long-term relationships may also give rise to dependency and relief. The statute's categorical exclusion of an individual whose situation falls squarely within its mandate, and who might be entitled to its benefits and protection, denies that person the equal concern and respect to which every Canadian is entitled, and constitutes discrimination. The exclusion at issue undermines the intention of the legislation, which was designed in part to reduce the demands on the public welfare system. By leaving potentially dependent individuals without a means of obtaining support from their former partners, s. 29 burdens the public purse with their care. It is therefore not rationally connected to the valid aims of the

La loi contestée ne franchit pas non plus la dernière étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Lorsque, comme en l'espèce, les mesures contestées vont dans les faits à l'encontre des objectifs de la loi, on ne peut affirmer que la promotion de buts législatifs louables ni que les effets bénéfiques de ces mesures l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

Si la réparation accordée par la Cour d'appel est maintenue, l'art. 29 de la *LDF* autorisera les membres des couples de même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la définition du mot «conjoint» à demander des aliments à leur conjoint. Cependant, la Loi n'admettrait pas la possibilité qu'ils s'excluent du régime au moyen de l'accord de cohabitation prévu à l'art. 53 ou de l'accord de séparation visé à l'art. 54. Comme cette option est ouverte aux couples de sexe différent et qu'elle préserve l'autonomie des couples qui peuvent choisir de régler leurs propres affaires selon leurs propres attentes, «l'interprétation large» corrigerait une incompatibilité inconstitutionnelle en en créant une autre, et n'assurerait donc pas la validité de la loi. La dissociation de l'art. 29 de la Loi, de telle sorte que seul cet article soit déclaré inopérant, est la réparation la plus appropriée en l'espèce. L'application de cette réparation serait suspendue temporairement pendant six mois.

Le juge Major: L'objet de l'art. 29 de la *LDF*, énoncé par les juges majoritaires, est de prévoir au profit des personnes qui deviennent financièrement interdépendantes au cours d'une longue union «conjugale» certains recours afin de faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l'union. L'union en cause en l'espèce satisfait à ces exigences. L'exclusion fondée sur l'orientation sexuelle des couples de même sexe du régime conçu pour corriger cette dépendance les prive du même bénéfice de la loi en violation du par. 15(1) de la *Charte*. Pour trancher le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de se demander si d'autres types d'unions à long terme peuvent également entraîner une dépendance et donner ouverture à des recours. L'exclusion catégorique par la loi d'une personne qui est placée dans une situation nettement visée par la mission de la loi et qui pourrait avoir droit au bénéfice et à la protection de la loi la prive de la considération et du respect auxquels chaque Canadien a droit et constitue de la discrimination. L'exclusion en cause va à l'encontre de l'intention du législateur qui a conçu le texte de loi en partie pour réduire le fardeau de l'aide sociale. Parce qu'il laisse des personnes potentiellement dépendantes sans moyen d'obtenir des aliments de leur ancien partenaire, l'art. 29 alourdit d'autant le fardeau de l'État. Ses dispositions ne

legislation and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per Bastarache J.: Section 29 of the *FLA* has drawn a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners in relationships of permanence. The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples. Same-sex couples are capable of meeting all of the statutory prerequisites set out in ss. 29 and 1(1) of the *FLA*, but for the requirement that they be a man and a woman. It is now well established that sexual orientation is a personal characteristic analogous to those found in s. 15(1) of the *Charter*. Discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Since this exclusion suggests that their union is not worthy of recognition or protection, there is a denial of equality within the meaning of s. 15.

There is no need to be deferential to the legislative choice in this case. The nature of the interest affected by the exclusion is fundamental; the group affected is vulnerable; it is possible to isolate the challenged provision from the complex legislative scheme; there is no evidence of the government establishing priorities or arbitrating social needs; the legislative history indicates that there was no consideration given to the *Charter* right to equal concern and respect; and the government's interest in setting social policies can be met without imposing a burden on non-traditional families. The traditional *Oakes* test should therefore be strictly applied.

The infringement is not justifiable under s. 1. Since the s. 1 analysis places a burden on the government to justify the legislative incursion on the *Charter* right, it is appropriate that governmental intention should, where possible, be considered and evaluated on its own terms to explain why the restriction on a *Charter* right is justifiable. The "limit" on the equality right in this case is the failure to treat individuals in same-sex relationships that otherwise meet the criteria of Part III of the *FLA* in the same way as individuals in opposite-sex relationships exhibiting similar characteristics. The primary legislative purpose in extending support obligations outside the marriage bond was to address the subordinated position of women in non-marital relationships. The *FLA*

sont donc pas rationnellement liées aux fins valides de la loi et ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Bastarache: L'article 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe formant une union permanente. La comparaison se fait le mieux, non pas avec les couples mariés qui ont acquis l'état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. Les couples de même sexe peuvent remplir toutes les conditions préalables fixées par l'art. 29 et le par. 1(1) de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l'exigence d'être un homme et une femme. Il est maintenant bien établi que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle analogue à celles qui sont mentionnées au par. 15(1) de la *Charte*. Il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d'une distinction arbitraire, soit l'orientation sexuelle. Étant donné que cette exclusion donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée, il y a dénégation du droit à l'égalité au sens de l'art. 15.

Il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur dans la présente affaire. La nature du droit visé par l'exclusion est fondamentale; le groupe concerné est vulnérable; il est possible de détacher la disposition contestée du régime législatif complexe dont elle fait partie; aucune preuve n'établit que le gouvernement ait voulu fixer des priorités ou arbitrer des conflits entre des besoins sociaux; l'histoire de la loi montre que le droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect, qui est garanti par la *Charte*, n'a pas été pris en compte; enfin, il est possible de répondre à l'intérêt porté par le gouvernement à l'élaboration des politiques sociales sans imposer un fardeau aux familles non traditionnelles. Le critère traditionnel de l'arrêt *Oakes* doit donc faire l'objet d'une application stricte.

La justification de cette atteinte ne peut pas être démontrée en vertu de l'article premier. Puisque l'analyse fondée sur l'article premier impose au gouvernement le fardeau de justifier l'atteinte portée par la loi au droit garanti par la *Charte*, il convient, dans la mesure du possible, d'examiner l'intention du gouvernement en elle-même pour savoir comment la restriction d'un droit garanti par la *Charte* pourrait se justifier. La «restriction» du droit à l'égalité en l'espèce est le fait de ne pas traiter de la même façon les personnes qui forment avec une personne du même sexe une union qui satisfait par ailleurs aux critères établis à la partie III de la *LDF* et les personnes qui forment avec une personne de sexe différent une union présentant des caractéris-

fundamentally altered the nature of support obligations by extending them beyond marriage and therefore beyond the realm of consensual undertaking. It did so because of a pressing social concern: that many women found themselves in a legal vacuum at the end of a relationship; that their economic dependence was worsened as a result of those relationships; and that the economic position of women generally in society relative to men placed them in a position where they might be induced to enter or remain in those relationships without the legal safeguards of marriage even when they might otherwise want the mutual rights and obligations which would thereby be imposed. The legislative purpose of the definition in Part III of the *FLA* is to impose support obligations upon partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound (i.e. through marriage); and upon those partners in relationships of sufficient duration to indicate permanence and seriousness, and which involve the assumption of household responsibilities, or other career or financial sacrifices, by one partner for the common benefit of the couple and ease or enhance an economic disparity between the partners.

The need for imposition of support payments by one party to a relationship to the other, in the case of traditional family relationship breakdown, is a pressing and substantial objective in Canadian society. It is clear that with respect to at least one category captured by the government's legislative purposes, gendered relationships of some permanence, there is a high likelihood of serious economic detriment to women on the breakdown of those relationships. The justification for legislative intervention affecting the autonomy of heterosexual couples does not however explain the pressing need to exclude all other family relationships from the governmental regime. Although same-sex couples do not generally share the imbalance in power that is characteristic of opposite-sex couples and which causes economic dependency in the course of a relationship, there is no evidence that their inclusion would cause any particular difficulty. The context in which the s. 1 analysis is made is also one where there is ascription of family status to same-sex relationships in society in general, as in some legislation and government policies. In order to be consistent with *Charter* values, the purpose of the definition in s. 29 must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons. It would be consistent with

tiques similaires. Le principal objet législatif visé par l'extension des obligations alimentaires au-delà du cadre du lien conjugal était d'apporter une solution à la subordination des femmes vivant en union de fait. La *LDF* a fondamentalement modifié la nature des obligations alimentaires en les étendant au-delà du cadre du mariage et, par conséquent, du domaine consensuel. Des préoccupations sociales urgentes ont poussé le législateur à agir: de nombreuses femmes se retrouvaient dans un vide juridique quand cessait leur union, leur dépendance économique s'était accentuée en raison de cette union et la situation économique des femmes dans la société en général par rapport à celle des hommes était telle que ces dernières pouvaient être incitées à former ces unions ou à y demeurer sans bénéficier des garanties juridiques qu'offre le mariage, même si elles pouvaient souhaiter voir s'appliquer à elles les droits et obligations réciproques découlant du mariage. L'objet législatif de la définition que contient la partie III de la *LDF* est d'imposer une obligation alimentaire aux partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés (c.-à-d. par le mariage), de même qu'aux partenaires formant une union depuis assez longtemps pour qu'elle soit qualifiée de permanente et de sérieuse, au sein de laquelle l'un des partenaires assume des responsabilités domestiques ou consent des sacrifices professionnels ou financiers au profit du couple et qui engendre ou accentue l'inégalité économique entre les partenaires.

La nécessité d'obliger l'une des parties à verser des aliments à l'autre en cas de rupture de la famille traditionnelle constitue un objectif urgent et réel dans la société canadienne. Manifestement, en ce qui concerne au moins une catégorie visée par l'objet législatif, soit l'union entre homme et femme ayant une certaine permanence, il est fort probable que la femme subisse un important préjudice économique par suite de la rupture de l'union. La justification d'une intervention du législateur touchant l'autonomie des couples hétérosexuels n'explique cependant pas la nécessité urgente d'exclure du régime étatique tous les autres types de famille. Bien que les couples de même sexe ne donnent généralement pas lieu au déséquilibre des forces qui caractérise les couples de sexe différent et engendre la dépendance financière au sein d'une union intime, aucune preuve n'établit que leur inclusion créerait une difficulté quelconque. Le contexte dans lequel l'analyse fondée sur l'article premier est faite révèle également une assimilation de l'union entre personnes de même sexe à la famille au sein de la société en général ainsi que dans certaines dispositions législatives et dans certaines politiques gouvernementales. Pour être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, l'objet de la définition

Charter values of equality and inclusion to treat all members in a family relationship equally and all types of family relationships equally.

Even if one were to accept the argument that the exclusion is serving a valid purpose by not imposing on same-sex couples a reduction in freedom and autonomy that is mandated by economic imperatives largely irrelevant to same-sex couples, there would be no rational connection between that purpose and the total exclusion dictated by s. 29. The exclusion of same-sex couples is not a valid means of achieving the positive purpose of s. 29, economic equality within the family. When, as here, the exclusion specifically detracts from the general legislative purpose, the objective of the restriction cannot be considered pressing and substantial. Even if the primary purpose of s. 29 was simply to recognize and promote the traditional family, and not to secure economic equality within the couple, which could be considered simply a means to an end, the exclusion of same-sex partners could not be demonstrably justified. Denial of status and benefits to same-sex partners does not *a priori* enhance respect for the traditional family, nor does it reinforce the commitment of the legislature to the values in the *Charter*. No evidence was adduced showing any beneficial impact of the exclusion on society, or what *Charter* values would be served by the exclusion; but the detrimental effects clearly exist, both for the individual without recourse to the family law regime, and for society, faced with the prospect of giving social assistance to that aggrieved individual in need. As for the protection of the freedom and autonomy of persons engaged in a same-sex relationship, s. 29 will only affect those who are in fact in a situation of economic imbalance analogous to that which more commonly occurs in the case of heterosexual relationships. The entitlement resulting from a wider definition of "spouse" does not create an absolute right to support. The justification for interference with personal autonomy is therefore the same for same-sex partners and opposite-sex partners.

Per Gonthier J. (dissenting): The appropriate analytical approach to be taken to claims arising under s. 15(1) of the *Charter* was set out in this Court's decision in

de l'art. 29 doit être respectueux de l'égalité de statut et de l'égalité des chances de tous les individus. Le fait d'accorder le même traitement à tous les membres de la famille et à tous les types de famille serait compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* en matière d'égalité et d'inclusion.

Même si l'on acceptait l'argument voulant que l'exclusion permet d'atteindre un objet valide en ne réduisant pas la liberté et l'autonomie des couples de même sexe au nom d'impératifs économiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec ces couples, il n'y aurait aucun lien rationnel entre cet objet et l'exclusion complète imposée par l'art. 29. L'exclusion des couples de même sexe ne constitue pas un moyen valable pour atteindre l'objet positif de l'art. 29, soit l'égalité économique au sein de la famille. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'exclusion réduit expressément l'objet législatif général, l'objectif de la restriction ne peut être considéré comme urgent et réel. Même si l'objet principal de l'art. 29 était simplement de reconnaître et de favoriser la famille traditionnelle et non d'instaurer l'égalité économique au sein du couple, ce qui pourrait être simplement considéré comme un moyen de parvenir à une fin, l'exclusion des partenaires de même sexe n'a pas pu faire l'objet d'une justification pouvant se démontrer. Le refus d'attribuer l'état de conjoint et des avantages aux partenaires de même sexe n'augmente pas *a priori* le respect porté à la famille traditionnelle et ne renforce pas l'engagement du législateur à l'égard des valeurs véhiculées par la *Charte*. Aucun élément de preuve n'a été produit pour établir une quelconque incidence bénéfique de l'exclusion sur la société ni pour montrer quelles valeurs véhiculées par la *Charte* l'exclusion favoriserait; mais il existe clairement des effets préjudiciables, tant pour l'individu ne pouvant pas se prévaloir du régime du droit de la famille que pour la société, éventuellement tenue de secourir cette personne lésée se trouvant dans le besoin. En ce qui concerne la protection de la liberté et de l'autonomie des personnes vivant en union avec une personne du même sexe, l'art. 29 ne s'appliquera qu'à celles qui sont effectivement placées dans une situation de déséquilibre économique analogue à celle qui est constatée le plus souvent dans les unions hétérosexuelles. L'admissibilité qui résulte d'une définition plus large du mot «conjoint» ne crée pas un droit absolu aux aliments. La justification de l'atteinte à l'autonomie personnelle est donc la même en ce qui concerne les partenaires de même sexe et les partenaires de sexe différent.

Le juge Gonthier (dissident): La méthode d'analyse à suivre relativement aux demandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte* est exposée dans l'arrêt *Law* de

Law. When applied in this case, that approach leads to the conclusion that s. 29 of the *FLA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

This legislation is an exception to the general rule that the law imposes no obligation of support as between persons. This exception has been historically imposed on married couples, and this legislation is the current-day expression of this historical exception. Section 29 of the *FLA* now imposes the burden of a mandatory support regime on a discrete group of people: opposite-sex married couples and certain opposite-sex cohabiting couples. An analysis of the contextual factors set out in *Law* reveals that this differentiation is not discriminatory. As this Court explained in *Law*, throughout the s. 15(1) analysis, it is necessary to have regard to the purpose of the legislation. Here, the primary purpose of s. 29 of the *FLA* is to recognize the social function specific to opposite-sex couples and their position as a fundamental unit in society, and to address the dynamic of dependence unique to men and women in opposite-sex relationships. In addition to this specific social function, this dynamic of dependence stems from the roles regularly taken by one member of that relationship, the biological reality of the relationship, and the pre-existing economic disadvantage that is usually, but not exclusively, suffered by women. This purpose is apparent from the text and legislative history of the provision, and the preamble to the statute.

The statute's preamble refers to the desirability of encouraging and strengthening the role of the family and recognizing marriage as a form of partnership. The statements made in the legislature when amendments were introduced to extend support obligations to certain unmarried cohabiting opposite-sex couples indicate that these were premised on the social reality that such relationships exhibit a dynamic of dependence, which often arises because the couple has children and the mother is the primary caregiver. They also confirm that the legislation was not aimed at "need" abstractly defined, or need generated by "interdependence", but rather addressed the specific need arising when an individual (typically a woman) cohabits in an opposite-sex relationship and, relying upon the expectation of continued and future support from her partner, foregoes existing employment prospects that rendered her self-sufficient

notre Cour. Lorsqu'on l'applique en l'espèce, cette méthode mène à la conclusion que l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Cette loi constitue une exception à la règle générale voulant que le droit n'impose aucune obligation alimentaire entre les personnes. Cette exception vise historiquement les couples mariés, et la loi en est l'expression actuelle. L'article 29 de la *LDF* impose maintenant le fardeau d'un régime d'obligation alimentaire impératif à un groupe distinct de personnes: les couples mariés de sexe différent et certains couples de sexe différent qui cohabitent. L'analyse des facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* montre que cette distinction n'est pas discriminatoire. Comme notre Cour l'explique dans l'arrêt *Law*, au cours de l'analyse du par. 15(1), il est nécessaire de tenir compte de l'objet de la loi. En l'espèce, l'art. 29 de la *LDF* vise principalement à reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent et le fait qu'ils constituent une cellule fondamentale de la société, tout en s'attaquant au problème de la dynamique de dépendance propre aux hommes et aux femmes formant de telles unions. Cette dynamique de dépendance résulte non seulement de la fonction sociale particulière de ces couples mais aussi des rôles généralement assumés par l'un des membres de l'union, de la réalité biologique de l'union ainsi que du désavantage économique préexistant dont souffrent habituellement, mais non exclusivement, les femmes. Cet objet ressort du libellé et de l'historique législatif de la disposition ainsi que du préambule de la loi.

Le préambule de la loi mentionne l'intérêt d'encourager et d'asseoir le rôle de la famille et de reconnaître au mariage la qualité de société. Les déclarations faites devant l'assemblée législative au moment du dépôt des modifications visant à étendre l'obligation alimentaire à certains couples de sexe différent non mariés qui cohabitent indiquent que ces modifications sont fondées sur la réalité sociale qui veut que de telles unions engendrent une dynamique de dépendance souvent attribuable à la présence d'enfants et au fait que c'est la mère qui s'en occupe principalement. Ces déclarations confirment également que la loi ne visait pas à répondre à un «besoin» défini de façon abstraite ni à un besoin né de l'«interdépendance», mais plutôt au besoin particulier de la personne (habituellement une femme) qui forme une union avec une personne de sexe différent avec laquelle elle cohabite et qui renonce, parce qu'elle s'attend à ce que son partenaire lui fournisse des aliments de façon continue à l'avenir, aux possibilités d'emploi qui, avant le début de l'union, lui permettaient de subvenir elle-même à ses besoins, ainsi qu'aux nouvelles

before entering into the relationship, and new ones that arise during the relationship.

The use of gender-neutral language in the *FLA* provides no support for the implication that the purpose of the *FLA*'s spousal support provisions was to address "interdependence" unrelated to the social reality of the relationship. When the amendments were first introduced, the tenor of the times favoured gender-neutral language. The legislature recognized that in rare cases, a man might be able to make out a claim against a woman, but it expected that the vast majority of claimants would be women.

This proper understanding of the purpose reveals that the s. 15(1) claim must fail. The impugned legislative provision has drawn a distinction between the claimant and others. Sexual orientation is recognized as an analogous ground, and even though s. 29 of the *FLA* does not draw a facial distinction on the basis of sexual orientation, the effect of s. 29's definition of "spouse" is to do so. Moreover, that distinction has resulted in disadvantage to the claimant. Part III undoubtedly bestows a benefit — access to a spousal support regime — the denial of which results in a disadvantage to M. At the same time, it imposes a burden on individuals in opposite-sex relationships, as it restricts their financial freedom and liberties. The distinction drawn by s. 29 does not discriminate because it does not involve the stereotypical application of presumed group or personal characteristics and it does not otherwise have the effect of perpetuating or promoting the view that individuals in same-sex relationships are less deserving of concern, respect, and consideration.

The concept of "stereotyping" is often linked to the contextual factor set out in *Law* of "correspondence". Where the legislation takes into account the actual need, capacity or circumstances of the claimant and the comparator, then it is unlikely to rest on a stereotype. The jurisprudence recognizes that in the absence of reliance on a stereotype, discrimination will be difficult to establish. Distinctions drawn on enumerated or analogous grounds usually rely upon the stereotypical application of presumed characteristics, rather than an accurate account of the true situation, or actual abilities, circumstances, or capacities. Where the legislation takes into account the claimant's actual situation in a manner that

possibilités d'emploi qui s'offrent à elle au cours de l'union.

L'utilisation, dans la *LDF*, d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre ne permet nullement de conclure que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* visaient l'«interdépendance» sans égard à la réalité sociale de l'union. Lors de la présentation des modifications, la tendance était à l'adoption d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre. L'Assemblée législative a reconnu que, dans de rares cas, il se pourrait qu'un homme puisse arriver à établir le bien-fondé d'une demande dirigée contre une femme, mais elle s'attendait à ce que la grande majorité des demandeurs soient des femmes.

Cette juste interprétation de l'objet montre que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer. La disposition législative contestée a établi une distinction entre la demanderesse et d'autres personnes. L'orientation sexuelle est reconnue comme un motif analogue, et même si l'art. 29 de la *LDF* n'établit pas à première vue de distinction fondée sur l'orientation sexuelle, la définition qu'il donne au mot «conjoint» a pour effet d'établir une telle distinction. De plus, cette distinction entraîne un désavantage pour la demanderesse. Il ne fait aucun doute que la partie III confère un avantage — l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints — dont le refus entraîne un désavantage pour M. Par ailleurs, elle impose un fardeau aux personnes formant des unions de sexe différent en restreignant leur autonomie financière et leur liberté. La distinction établie par l'art. 29 n'engendre pas de discrimination parce qu'elle ne comporte pas l'application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe et qu'elle n'a pas non plus pour effet de perpétuer ou de favoriser l'idée que les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération.

La notion de «l'application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance» énoncé dans l'arrêt *Law*. Lorsque la loi tient compte des besoins, de la capacité et de la situation véritables du demandeur et de l'objet de comparaison, il est alors peu probable qu'elle repose sur un stéréotype. La jurisprudence reconnaît qu'en l'absence de stéréotype, la discrimination est difficile à établir. Les distinctions établies en raison de motifs énumérés ou analogues sont généralement fondées sur l'application stéréotypée de caractéristiques présumées plutôt que sur une juste appréciation de la véritable situation ou des aptitudes, des circonstances ou des capacités réelles. Lorsque la loi prend en

respects his or her human dignity, it will be less likely to infringe s. 15(1).

Our system of family law is, to a great degree, based upon the legal rights and duties flowing from marriage. While the legislature has restricted the meaning of "spouse" in Part III of the *FLA*, the restriction has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. On the contrary, s. 29's definition of "spouse" corresponds with an accurate account of the actual needs, capacity and circumstances of opposite-sex couples as compared to others, including same-sex couples. This appeal is concerned with the support obligation, which is an essential feature of marriage itself, and more recently, of certain other opposite-sex couples. Cohabiting opposite-sex couples are the natural and most likely site for the procreation and raising of children. This is their specific, unique role. This unique social role of opposite-sex couples has two related features. First, women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada, and this burden is borne both by working mothers and mothers who stay at home with their children. Section 29 of the *FLA* is specifically structured to meet this reality. This can be seen from the fact that the necessary cohabitation period to come within the scope of the section is reduced where there is a child of the relationship. The second feature is that one partner (most often the woman) tends to become economically dependent upon the other. Even in the absence of children, women in cohabiting opposite-sex relationships often take on increased domestic responsibilities which limit their prospects for outside employment, precisely because their lower average earnings make this an efficient division of labour for the couple. If the relationship breaks down, the woman is usually left in a worse situation, probably with impaired earning capacity and limited employment opportunities. Finally, even when the female partner is not suffering from this dynamic of dependence, the male partner often is. When the woman is the primary wage-earner, the man adopts a primary role in household responsibilities. This, coupled with other forms of dependency that follow for men in such relationships, are all reflective of a dynamic of dependence unique to opposite-sex couples.

considération la situation véritable du demandeur d'une manière qui respecte sa dignité humaine, elle est moins susceptible de porter atteinte au par. 15(1).

Notre droit de la famille est fondé dans une large mesure sur les droits et les devoirs légaux qui découlent du mariage. Bien que le législateur ait restreint le sens du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF*, la restriction n'a pas été établie sur le fondement de prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 correspond à une appréciation juste des besoins, des capacités et de la situation propres aux couples de sexe différent, par rapport à d'autres personnes, y compris les couples de même sexe. Le présent pourvoi porte sur l'obligation alimentaire, qui est une caractéristique essentielle de l'institution du mariage elle-même et, depuis peu, de certains autres couples de sexe différent. Les couples de sexe différent qui cohabitent créent le milieu naturel et habituel pour la procréation et l'éducation des enfants. Il s'agit de leur rôle particulier et unique. Ce rôle social unique conféré aux couples de sexe différent possède deux caractéristiques interreliées. En premier lieu, les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada, et ce fardeau est assumé tant par les mères qui travaillent à l'extérieur que par celles qui s'occupent des enfants au foyer. L'article 29 de la *LDF* est formulé expressément en fonction de cette réalité. Cela ressort du fait que la période de cohabitation nécessaire pour qu'un couple soit visé par cet article est réduite lorsqu'un enfant naît de l'union. En deuxième lieu, l'un des partenaires (le plus souvent la femme) tend à devenir financièrement dépendant de l'autre. Même en l'absence d'enfants, il arrive souvent que les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent s'acquittent d'un plus grand nombre d'obligations familiales, ce qui diminue leurs chances de se trouver un emploi sur le marché du travail, précisément parce que leur salaire moyen moins élevé fait qu'un tel arrangement constitue un partage des tâches rentable pour le couple. En cas de rupture, la situation de la femme se détériore habituellement et il est probable que sa capacité de gagner sa vie soit diminuée et que ses chances de se trouver un emploi soient limitées. Finalement, même lorsque le partenaire féminin ne souffre pas de cette dynamique de dépendance, le partenaire masculin en est souvent victime. Lorsque la femme gagne le revenu principal, l'homme assume la plupart des tâches domestiques. Cette situation, jointe aux autres formes de dépendance qui s'ensuivent pour les hommes se trouvant dans de telles unions, reflète une dynamique de dépendance particulière aux couples de sexe différent.

It is this dynamic of dependence that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*. The restricted definition of "spouse" in Part III of the *FLA* has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. The *Charter* does not compel the extension of the legislature's efforts to address this problem to long-term same-sex couples. While long-term same sex relationships may manifest many of the features of long-term opposite-sex relationships, the same dynamic of dependence is not present. Lesbian relationships are characterized by a more even distribution of labour, a rejection of stereotypical gender roles, and a lower degree of financial interdependence than is prevalent in opposite-sex relationships. Mere need in an individual case, unrelated to systemic factors, is insufficient to render the *FLA*'s scheme constitutionally underinclusive. This is especially true because the scheme involves, in counterpart to an access to support, a restriction on freedom and a burden.

While individuals must be treated with equal respect and must not be discriminated against on the basis of the stereotypical application of irrelevant personal characteristics, the state is not barred from recognizing that some relationships fulfil different social roles and have specific needs, and responding to this reality with positive measures to address those differences.

None of the remaining contextual factors set out in *Law* establish that the legislation perpetuates or promotes 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. Although the claimant is a member of a group that suffers pre-existing, historical disadvantage, the claimant's group is relatively advantaged in relation to the subject-matter of the legislation. Individuals in same-sex relationships do not carry the same burden of fulfilling the social role that those in opposite-sex relationships do. They do not exhibit the same degree of systemic dependence. They do not experience a structural wage differential between the individuals in the relationship. In this sense, individuals in same-sex relationships are an advantaged group as compared to individuals in opposite-sex relationships, and there is thus no need to consider whether the legislation aggravates or exacerbates any pre-existing disadvantage. Nor can it be said that the ameliorative legisla-

C'est précisément pour s'attaquer à cette dynamique de dépendance que le législateur a adopté la partie III de la *LDF*. La définition restreinte du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF* n'est pas fondée sur des prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. La *Charte* n'exige pas que les mesures prises par le législateur pour résoudre ce problème soient étendues aux couples de même sexe qui sont stables. Même si les unions durables entre personnes de même sexe peuvent présenter bon nombre des caractéristiques des unions durables entre personnes de sexe différent, la même dynamique de dépendance ne s'y retrouve pas. Les unions de lesbiennes se caractérisent par un partage plus équitable des tâches, un rejet des rôles féminins et masculins stéréotypés et un degré plus faible d'interdépendance financière comparative aux unions entre personnes de sexe différent. Le simple état de besoin, non lié à des facteurs systémiques, ne permet pas de conclure que le régime prévu par la *LDF* a une portée trop limitative sur le plan constitutionnel. Cela est particulièrement vrai étant donné que le régime impose une restriction à la liberté ainsi qu'un fardeau en contrepartie du bénéfice de l'obligation alimentaire.

Même si tous doivent être traités avec le même respect et même si la discrimination fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques personnelles non pertinentes est prohibée, il n'est pas interdit à l'État de reconnaître que certaines unions jouent des rôles sociaux différents et ont des besoins particuliers, non plus que de répondre à cette réalité en prenant des mesures positives pour traiter de ces différences.

Aucun des autres facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* n'établit que la loi perpétue ou favorise 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. Bien que la demanderesse soit membre d'un groupe qui souffre déjà d'un désavantage historique, ce groupe est relativement favorisé pour ce qui est du sujet de la loi. Les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne s'acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire. En ce sens, les personnes formant une union avec une personne du même sexe constituent un groupe favorisé comparativement aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent, de sorte qu'il est inutile de déterminer si

tion excludes a group which is disadvantaged in relation to the subject-matter of the legislation. The main targets of the ameliorative legislation, partners in opposite-sex relationships (particularly women), suffer a structural disadvantage which is unknown to individuals in same-sex relationships. With respect to the nature and scope of the affected interest, the non-inclusion of individuals in same-sex relationships in the mandatory support regime does not result in severe and localized consequences. While the legislature does not force individuals in same-sex relationships to provide support, it also does not prevent them from doing so by way of contract or otherwise. This may result in some additional expenses, but it is difficult to see how this possible expense results in discriminatory non-recognition of the group.

A reasonable person in the circumstances of the claimant who has regard to all of these contextual factors would find that the restrictive definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* does not constitute a violation of his or her human dignity. To the contrary, acknowledging individual personal traits is a means of fostering human dignity. By recognizing individuality, and rejecting forced uniformity, the law celebrates differences, fostering the autonomy and integrity of the individual.

2. Costs

Since the Court of Appeal did not err in failing to grant costs to M., the successful party, no order should be made with respect to costs in that court. Costs are a discretionary determination and absent any clear error, this Court should be loath to interfere.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Molodowich v. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997]

la loi accentue un désavantage préexistant. On ne peut pas dire non plus que la loi, qui apporte une amélioration, exclut un groupe qui est défavorisé par rapport au sujet de la loi. Ceux que la loi vise principalement, soit les partenaires formant une union entre personnes de sexe différent (en particulier, les femmes), subissent un désavantage structurel que ne connaissent pas les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Relativement à la nature et à l'étendue de l'intérêt touché, la non-inclusion des personnes formant une union avec une personne du même sexe dans le régime d'obligation alimentaire impératif ne causent pas de conséquences graves et localisées. Bien que le législateur n'oblige pas les personnes formant une union avec une personne de même sexe à se fournir des aliments, il ne les empêche pas non plus de le faire au moyen d'un contrat ou autrement. Cela peut occasionner des frais supplémentaires, mais il est difficile de voir comment ces dépenses éventuelles peuvent constituer une non-reconnaissance discriminatoire du groupe.

La personne raisonnable, qui est placée dans la situation de la demanderesse et qui tient compte de tous ces facteurs contextuels, conclurait que la définition limitative du mot conjoint à l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte à sa dignité humaine. Au contraire, le fait de reconnaître l'existence de caractéristiques personnelles est un moyen de favoriser la dignité humaine. En reconnaissant la particularité de chaque individu et en rejetant l'uniformité imposée, la loi fait l'éloge de la différence, favorisant l'autonomie et l'intégrité de la personne.

2. Les dépens

Étant donné que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en omettant d'accorder les dépens à M., la partie qui a eu gain de cause, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens dans cette cour. L'adjudication des dépens relève d'un pouvoir discrétionnaire et, sauf erreur manifeste, notre Cour doit hésiter à intervenir.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Molodowich c. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique*

3 S.C.R. 624; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

By Gonthier J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981]

(*Procureur général*), [1997] 3 R.C.S. 624; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *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. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper c. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada*

1 S.C.R. 699; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Grant v. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Statutes and Regulations Cited

Absentees Act, R.S.O. 1990, c. A.3.
Act respecting certain separate rights of property of Married women, C.S.U.C. 1859, c. 73.
Act to establish a Court of Chancery in this Province, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, c. 2, s. 3.
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 5(1).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27], ss. 121(4) [ad. 1997, c. 12, s. 87], 136(1)(d.1) [*idem*, s. 90], 178(1)(c) [rcp. & sub. c. 3 (2nd Supp.)], s. 28].
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7-14, 15(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Change of Name Act, R.S.O. 1990, c. C.7.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11.
Consent to Treatment Act, 1992, S.O. 1992, c. 31.
Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12), (13).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1937, c. 211 [am. 1954, c. 22; 1958, c. 23].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1960, c. 105.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1970, c. 128 [am. 1971, c. 98; 1973, c. 133].
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15(2), (3), (7).
Domestic Relations Act, R.S.A. 1980, c. D-37.

Ltée, [1981] 1 R.C.S. 699; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean c. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Grant c. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Lois et règlements cités

Act respecting certain separate rights of property of Married Women, C.S.U.C. 1859, ch. 73.
Act to establish a Court of Chancery in this Province, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, ch. 2, art. 3.
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 5(1).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), d), 7 à 14, 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1937, ch. 211 [mod. 1954, ch. 22; 1958, ch. 23].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1960, ch. 105.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1970, ch. 128 [mod. 1971, ch. 98; 1973, ch. 133].
Domestic Relations Act, R.S.A. 1980, ch. D-37.
Family Law Act, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 35c).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 1g), 29.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, ch. 41.
Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, ch. 2, art. 14.
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2m).
Family Maintenance Act, S.S. 1990-91, ch. F-6.1, art. 2l)(iii).
Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, ch. 19, art. 1d).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1.
Family Relations Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, ch. 20, art. 1c).

- Election Act*, R.S.O. 1990, c. E.6.
Estates Act, R.S.O. 1990, c. E.21.
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23.
Execution Act, R.S.O. 1990, c. E.24.
Family Law Act, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, Part I, s. 1(1) "cohabit", "spouse", (2), Parts II, III, ss. 29 "spouse", 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, Part IV, ss. 53, 54, Part V.
Family Law Act, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1.
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, c. 12, ss. 1(g), 29.
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 29.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41.
Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, c. 2, s. 14.
Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(3).
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2(m).
Family Maintenance Act, S.S. 1990-91, c. F-6.1, s. 2(l)(iii).
Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, c. 19, s. 1(d).
Family Property and Support Act, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 35.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1.
Family Relations Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c).
Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act, 1996, S.O. 1996, c. 31.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3).
Family Support Plan Act, R.S.O. 1990, c. S.28 [am. 1991, c. 5, s. 1(1)].
Income Tax Act, R.S.O. 1990, c. 1.2.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. 1.11, ss. 8, 17.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3.
Land Transfer Tax Act, R.S.O. 1990, c. L.6.
Marriage Act, R.S.O. 1990, c. M.3.
Married Woman's Real Estate Act, 1873, S.O. 1873, c. 18.
Married Women's Property Act, R.S.O. 1970, c. 262.
Married Women's Property Act, S.O. 1872, c. 16.
Married Women's Property Act, S.O. 1884, c. 19.
Matrimonial Causes Act, 1931, S.O. 1931, c. 25 [subsequently R.S.O. 1970, c. 265].
Members' Conflict of Interest Act, R.S.O. 1990, c. M.6.
Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7.
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45.
Municipal Elections Act, R.S.O. 1990, c. M.53.
Nunavut Act, S.C. 1993, c. 28, s. 29(1) [am. 1998, c. 15, s. 4].
Nursing Homes Act, R.S.O. 1990, c. N.7.
Ontario Guaranteed Annual Income Act, R.S.O. 1990, c. O.17.
Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5.
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12), (13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 8, 17.
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 29.
Loi de 1992 sur le consentement au traitement, L.O. 1992, ch. 31.
Loi de 1992 sur le contrôle des loyers, L.O. 1992, ch. 11.
Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments, L.O. 1996, ch. 31.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.O. 1990, ch. I.2.
Loi électorale, L.R.O. 1990, ch. E.6.
Loi portant réforme du droit des successions, L.R.O. 1990, ch. S.26.
Loi sur l'exécution forcée, L.R.O. 1990, ch. E.24.
Loi sur l'obligation alimentaire, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 4(3).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27], art. 121(4) [aj. 1997, ch. 12, art. 87], 136(1)d.1 [idem, art. 90], 178(1)c [abr. & rempl. ch. 3 (2^e suppl.), art. 28].
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23.
Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7.
Loi sur la taxe de vente au détail, L.R.O. 1990, ch. R.31.
Loi sur le changement de nom, L.R.O. 1990, ch. C.7.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15(2), (3), (7).
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, partie I, art. 1(1) «cohabiter», «conjoint», (2), parties II, III, art. 29 «conjoint», 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, partie IV, 53, 54, partie V.
Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1.
Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, ch. 28, art. 29(1) [mod. 1998, ch. 15, art. 4].
Loi sur le mariage, L.R.O. 1990, ch. M.3.
Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 35.
Loi sur le régime des obligations alimentaires envers la famille, L.R.O. 1990, ch. S.28 [mod. 1991, ch. 5, art. 1(1)].
Loi sur le revenu annuel garanti en Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.17.
Loi sur les absents, L.R.O. 1990, ch. A.3.
Loi sur les accidents du travail, L.R.O. 1990, ch. W.11.
Loi sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée, L.R.O. 1990, ch. M.6.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, ch. C.37.

Rent Control Act, 1992, S.O. 1992, c. 11.
Retail Sales Tax Act, R.S.O. 1990, c. R.31.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194,
 Rules 20, 21.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5.
Small Business Development Corporations Act, R.S.O.
 1990, c. S.12.
Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, e. S.26.
Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23.
Workers' Compensation Act, R.S.O. 1990, e. W.11.

Loi sur les droits de cession immobilière, L.R.O. 1990,
 ch. L.6.
Loi sur les élections municipales, L.R.O. 1990,
 ch. M.53.
Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, ch. J.3.
Loi sur les maisons de soins infirmiers, L.R.O. 1990,
 ch. N.7.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45.
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O.
 1990, eh. C.11.
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2,
 art. 112(3).
Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990,
 eh. P.5.
Loi sur les sociétés par action, L.R.O. 1990, ch. B.16.
*Loi sur les sociétés pour l'expansion des petites
 entreprises*, L.R.O. 1990, ch. S.12.
Loi sur les successions, L.R.O. 1990, ch. E.21.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5.
Married Woman's Real Estate Act, 1873, S.O. 1873,
 ch. 18.
Married Women's Property Act, R.S.O. 1970, ch. 262.
Married Women's Property Act, S.O. 1872, eh. 16.
Married Women's Property Act, S.O. 1884, eh. 19.
Matrimonial Causes Act, 1931, S.O. 1931, ch. 25 [par la
 suite R.S.O. 1970, ch. 265].
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194,
 règles 20, 21.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of
 England*, 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press,
 1770.
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American
 Couples*. New York: Morrow, 1983.
 Canada. Citizenship and Immigration Canada. *Building
 on a Strong Foundation for the 21st Century: New
 Directions for Immigration and Refugee Policy and
 Legislation*. Ottawa: Citizenship and Immigration
 Canada, 1998.
 Canada. Statistics Canada. *Family Expenditure in
 Canada 1992*. Ottawa: Statistics Canada, 1994.
 Canada. Statistics Canada. Labour and Household
 Surveys Analysis Division. *Family Income After
 Separation*. Ottawa: Statistics Canada, 1997.
 Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*,
 October 17, 1997. "More lone-parent and common-
 law families", p. 4.

Doctrines citées

Blackstone, William. *Commentaires sur les lois
 anglaises*, t. 2. Traduit de l'anglais par
 N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American
 Couples*. New York: Morrow, 1983.
 Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. *De solides
 assises pour le 21^e siècle: Nouvelles orientations
 pour la politique et la législation relatives aux
 immigrants et aux réfugiés*. Ottawa: Citoyenneté et
 Immigration Canada, 1998.
 Canada. Statistique Canada. *Dépenses des familles au
 Canada, 1992*. Ottawa: Statistique Canada, 1994.
 Canada. Statistique Canada. Division de l'analyse des
 enquêtes sur le travail et les ménages. *Revenu familial
 après séparation*. Ottawa: Statistique Canada, 1997.
 Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue
 hebdomadaire*, 17 octobre 1997. «Plus de familles
 monoparentales et de familles vivant en union libre»,
 p. 4.

- Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. "Alimony and Maintenance". In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. "Family Law Reform in Ontario". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1". In Gérald-A. Beaudoin and Errol P. Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. "Alimony and Maintenance". In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. "Family Law Reform in Ontario". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1". In Gérald-A. Beaudoin et Errol P.

- P. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 3-1.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part IV, "Family Property Law". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part VI, "Support Obligations". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 3rd Sess., 35th Parl., June 1, 1994, p. 6583.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. "Lesbian and Gay Relationships". In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. "The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?" (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 99.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 3^e sess., 35^e lég., 1^{er} juin 1994, p. 6583.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part IV, «Family Property Law». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: La Commission, 1993.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. «Lesbian and Gay Relationships». In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. «The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?» (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), declaring s. 29 of the *Family Law Act* to be

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), déclarant inconstitution-

unconstitutional. Appeal dismissed, Gonthier J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Robert E. Charney and Peter C. Landmann, for the appellant.

Martha A. McCarthy and Lynn D. Lovell, for the respondent M.

Christopher D. Bredt, for the respondent H.

R. Douglas Elliott, for the intervener the Foundation for Equal Families.

Carol A. Allen, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Cynthia Petersen and Pam McEachern, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

Joanne D. Rosen, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Jeff G. Cowan, for the intervener the United Church of Canada.

Peter R. Jervis, Michael Meredith and Danielle Shaw, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of Sikhs, the Islamic Society of North America and Focus on the Family.

David M. Brown, for the intervener REAL Women of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ. was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. —

I. Introduction and Overview

The principal issue raised in this appeal is whether the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 ("FLA") infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of*

nel l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*. Pourvoi rejeté, le juge Gonthier est dissident. Pourvoi incident rejeté.

Robert E. Charney et Peter C. Landmann, pour l'appelant.

Martha A. McCarthy et Lynn D. Lovell, pour l'intimée M.

Christopher D. Bredt, pour l'intimée H.

R. Douglas Elliott, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

Carol A. Allen, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Cynthia Petersen et Pam McEachern, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

Joanne D. Rosen, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Jeff G. Cowan, pour l'intervenante l'Église unie du Canada.

Peter R. Jervis, Michael Meredith et Danielle Shaw, pour les intervenantes l'Evangelical Fellowship of Canada, l'Ontario Council of Sikhs, l'Islamic Society of North America et Focus on the Family.

David M. Brown, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI —

I. Introduction et vue d'ensemble

La question principale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 («LDF») porte

by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

74 Therefore I conclude that an examination of the four factors outlined above, in the context of the present appeal, indicate that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the impugned legislation. In light of this, I conclude that the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1).

IACOBUCCI J. —

C. *Is Section 29 of the FLA Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. *Stare Decisis and Egan*

75 At the outset, I wish to address the appellant's submission that an independent examination of the s. 1 issues is unnecessary in the present case. The appellant asserts that the principle of *stare decisis* binds this Court to the decision in *Egan, supra*, and that the s. 1 analysis in that case ought to apply with equal force to the case at bar. Although I recognize the fundamental role of precedent in legal analysis, I cannot accept this submission. Granted, *Egan*, like the case now before this Court, was also concerned with the opposite-sex definition of "spouse" in provincial legislation. However, the similar focus of the two cases is not sufficient to bind the Court to the *Egan* decision. The instant case is based on entirely different legislation with its own unique objectives and legislative context. As a result, it must be evaluated on its own merits.

2. *Approach to Section 1*

76 The analytical framework for determining whether a law constitutes a "reasonable" limit that can be "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter* was first set out by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Although it has since been refined, the general approach is now well established

une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Par conséquent, il ressort de l'examen des quatre facteurs exposés ci-dessus, dans le contexte du présent pourvoi, que la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1).

LE JUGE IACOBUCCI —

C. *L'article 29 de la LDF est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?*

1. *Le stare decisis et l'arrêt Egan*

Je désire examiner dès le départ la thèse de l'appelant selon laquelle il n'est pas nécessaire en l'espèce de procéder à un examen distinct des questions liées à l'article premier. L'appelant affirme qu'en vertu du principe du *stare decisis*, notre Cour est liée par l'arrêt *Egan*, précité, et que l'analyse fondée sur l'article premier effectuée dans cet arrêt devrait s'appliquer tout autant en l'espèce. Bien que je reconnaisse le rôle fondamental des précédents en matière d'analyse juridique, je ne peux accepter cette thèse. Je conviens que l'arrêt *Egan*, comme le présent pourvoi, portait lui aussi sur une définition du mot «conjoint» fondée sur la différence de sexe énoncée dans un texte législatif provincial. Toutefois, la similitude du point central dans ces deux affaires ne suffit pas pour que notre Cour soit liée par l'arrêt *Egan*. Le présent pourvoi est fondé sur une loi tout à fait différente qui possède ses propres objectifs et un contexte législatif bien à elle. Par conséquent, il doit faire l'objet d'une évaluation au fond.

2. *L'interprétation de l'article premier*

Le schéma d'analyse permettant de déterminer si une règle de droit constitue une limite «raisonnable» dont la «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» aux termes de l'article premier de la *Charte* a été exposé pour la première fois par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S.

(see, e.g., *Egan, supra, per Cory and Iacobucci JJ.*, at para. 182; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, *per La Forest J.*; *Miron, supra*, at para. 163, *per McLachlin J.*, and *Vriend, supra*, at para. 108, *per Cory and Iacobucci JJ.*).

However, it is important not to lose sight of the underlying principles animating this general approach. As Dickson C.J. so eloquently put it in *Oakes, supra*, at p. 136, the inclusion of the words "free and democratic" as the standard of justification in s. 1 of the *Charter*

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 which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

As noted by this Court in *Vriend, supra*, at para. 134, the introduction of the *Charter* brought about "a redefinition of our democracy". Central to this democratic vision is a dialogue of mutual respect between the courts and the legislatures, which includes the idea that:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the

103. Bien qu'elle ait été raffinée depuis, la méthode générale est maintenant bien établie (voir par exemple *Egan*, précité, les juges Cory et Iacobucci, au par. 182; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84, le juge La Forest; *Miron*, précité, au par. 163, le juge McLachlin; et *Vriend*, précité, au par. 108, les juges Cory et Iacobucci).

Toutefois, il est important de ne pas perdre de vue les principes fondamentaux sur lesquels repose cette méthode générale. Comme le juge en chef Dickson l'a si éloquemment dit dans *Oakes*, précité, à la p. 136, l'inclusion des mots «libre et démocratique» à titre de norme de justification à l'article premier de la *Charte*

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, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Comme l'a noté notre Cour dans *Vriend*, précité, au par. 134, l'adoption de la *Charte* a donné lieu à une «redéfinition de la démocratie canadienne». Au centre de cette vision démocratique, un dialogue empreint de respect mutuel entre les tribunaux et les législateurs, et notamment l'idée selon laquelle:

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois,

77

78

other branches respect each others' role and the role of the courts. [*Vriend*, at para. 136.]

This Court has often stressed the importance of deference to the policy choices of the legislature in the context of determining whether the legislature has discharged its burden of proof under s. 1 of the *Charter*: see, for example, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94, *per* Dickson C.J. and Lamer J. (now Chief Justice) and Wilson J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-4, *per* Sopinka J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 135-37, *per* McLachlin J. However, it is important to note that deference is not a kind of threshold inquiry under s. 1. As a general matter, the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make. The simple or general claim that the infringement of a right is justified under s. 1 is not such a decision. As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: "The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny."

il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux. [*Vriend*, au par. 136.]

Notre Cour a maintes fois souligné l'importance de la retenue à l'égard des choix de principe du législateur quand vient le temps de décider si le législateur s'est déchargé de son fardeau de la preuve aux termes de l'article premier de la *Charte*: voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 993 et 994, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 502 à 504, le juge Sopinka; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 135 à 137, le juge McLachlin. Cependant, il est important de remarquer que la retenue n'est pas une sorte d'analyse préliminaire prévue à l'article premier. De façon générale, le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre. La simple affirmation ou la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier n'est pas une décision de ce genre. Comme le juge Cory l'a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54: «La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [...] pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*.»

79

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification. Sometimes this will involve demonstrating why the legislature had to make certain policy choices and why it considered these choices to be reasonable in the circumstances. These policy choices may be of the type that the legislature is in a better position than the court to make, as in the case of difficult policy judgments regarding the claims of competing groups or the evaluation of complex and conflicting social science research: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 993, *per* Dickson C.J. and

En vertu de l'article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l'atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayeront l'affirmation générale voulant que l'atteinte soit justifiée. Parfois, le législateur devra démontrer pourquoi il a fait certains choix de principe et pourquoi il a estimé que ces choix étaient raisonnables compte tenu des circonstances. Il peut s'agir de choix de principe que le législateur est mieux en mesure de faire que le tribunal, comme par exemple des jugements de principe difficiles concernant les demandes de groupe concurrents ou l'évaluation de recherches complexes et contradictoires en

Lamer and Wilson JJ. Courts must be cautious not to overstep the bounds of their institutional competence in reviewing such decisions. The question of deference, therefore, is intimately tied up with the nature of the particular claim or evidence at issue and not in the general application of the s. 1 test; it can only be discussed in relation to such specific claims or evidence and not at the outset of the analysis.

I therefore agree with my colleague, Bastarache J., that an examination of context is essential in determining whether deference is appropriate. It may also be the case that a discussion of context is appropriate at the outset of a s. 1 analysis, depending on the nature of the evidence at issue, for ease of reference when later applying the various steps of s. 1: see, for example, *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88, *per* Bastarache J. However, with respect to his reasons in the present appeal, I am concerned that Bastarache J. implies that the question of deference in a general sense should also be determined at the outset of the inquiry. For example, Bastarache J. states that the question to ask in this case is whether the Court can "rewrite the boundary in order to include that smaller number of individuals [in same-sex relationships] who are in such a position [of dependency], or must it defer to legislative determination of the issue?" (para. 304). The question of rewriting boundaries is, to my mind, at most a question of the appropriate remedy should the rights infringement be unjustified. The question of deference to the role of the legislature certainly enters into any discussion of remedy, as discussed in *Vriend, supra*, and can enter into the discussion of whether the legislature has discharged its burden under any of the steps of the s. 1 test. However, the question of deference is not an issue that can be determined prior to engaging in any of these specific inquiries. Nor should it be determined at the outset of the inquiry, given the court's important role in applying s. 1 of the *Charter* to determine whether the infringement of

sciences humaines: *Irwin Toy*, précité, à la p. 993, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas dépasser les limites de leur compétence institutionnelle en examinant de telles décisions. La question de la retenue, en conséquence, est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l'application générale du critère relatif à l'article premier; elle ne peut être abordée qu'en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l'analyse.

Par conséquent, je partage l'avis de mon collègue, le juge Bastarache, selon lequel l'examen du contexte est essentiel pour décider s'il convient de faire preuve de retenue. Il peut également arriver qu'une discussion du contexte soit appropriée au début de l'analyse fondée sur l'article premier, selon la nature de la preuve en cause, pour qu'il soit plus facile d'y faire référence quand on franchit par la suite les différentes étapes de l'analyse fondée sur l'article premier: voir, par exemple, *Thomson Newspapers c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 88, le juge Bastarache. Cependant, avec égards pour les motifs que le juge Bastarache a exposés dans le présent pourvoi, je suis préoccupé par le fait qu'il laisse entendre que la question de la retenue dans un sens général devrait également être tranchée dès le début de l'analyse. Par exemple, le juge Bastarache dit qu'il faut se demander dans la présente affaire si la Cour peut «tracer une nouvelle ligne de démarcation afin d'inclure les quelques personnes [formant une union avec une personne du même sexe] se trouvant dans cette situation [de dépendance], ou [si elle doit] s'en remettre à la décision prise par le législateur sur la question?» (par. 304). À mon sens, l'établissement de nouvelles lignes de démarcation est au mieux une question concernant la réparation appropriée si l'atteinte aux droits est jugée injustifiée. La retenue à l'égard du rôle du législateur fait certainement partie des questions à aborder au moment de déterminer la réparation, comme il a été dit dans *Vriend*, précité, et peut faire partie de la question de savoir si le législateur s'est déchargé du fardeau lui incombant à chacune des étapes du critère rela-

a guaranteed right can be justified in a free and democratic society.

tif à l'article premier. Cependant, la question de la retenue ne peut être tranchée avant qu'on ne se soit livré à ces analyses particulières. Elle ne devrait pas non plus être tranchée au début de l'analyse, compte tenu du rôle important que joue le tribunal dans l'application de l'article premier de la *Charte* en vue de décider si l'atteinte à un droit garanti peut se justifier dans une société libre et démocratique.

81 I will therefore not deal with the question of deference at the outset and will instead discuss it, where appropriate, under the various steps of the s. 1 test.

Par conséquent, je ne traiterai pas de la question de la retenue dès le départ, je l'aborderai plutôt, lorsque cela s'avérera approprié, au cours des diverses étapes du critère relatif à l'article premier.

3. Pressing and Substantial Objective

3. Un objectif urgent et réel

82 Section 29 of the *FLA* defines "spouse" as being either of a man and woman who are married to each other or cohabiting within the meaning of the Act. Same-sex couples are necessarily excluded from this definition, thereby giving rise to the charge that the legislation is underinclusive. In *Vriend, supra*, at paras. 109-11, this Court found that where a law violates the *Charter* owing to under-inclusion, the first stage of the s. 1 analysis is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself.

Selon l'art. 29 de la *LDF*, le mot «conjoint» est soit l'homme, soit la femme qui sont mariés ensemble ou cohabitent au sens de la Loi. Les couples de même sexe sont nécessairement exclus de cette définition, ce qui donne lieu à la contestation de la loi pour le motif que sa portée est trop limitative. Dans *Vriend*, précité, aux par. 109 à 111, notre Cour a conclu que, lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

83 As to the objective of the *FLA* as a whole, I note that the submissions of the appellant do not directly address this issue. Nevertheless, I am of the view, as was Charron J.A. in the court below, that a suitable starting point for determining the purpose of the *FLA* is the preamble of the Act:

Je remarque que l'appelant, dans son argumentation, n'a pas traité directement de l'objectif de la *LDF* considérée dans son ensemble. Néanmoins, je suis d'avis, comme l'était le juge Charron en Cour d'appel, que le préambule de la *LDF* est un bon point de départ pour déterminer l'objet de la Loi:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; 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 breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children;

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales;

Although the preamble of the *FLA* provides some insight into the objective of the Act, its utility is limited. For example, the reference to "marriage" is somewhat misleading. As recognized by members of the legislature during debate concerning the *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2 ("FLRA"), this reference does not reflect the full purpose of the amended Act, which accords rights to both married and unmarried couples. Further, it was also noted in debate that the emphasis on encouraging and strengthening the role of the family is inaccurate as the legislation is actually intended to deal with the breakup of the family: *Legislature of Ontario Debates*, October 18, 1977, at p. 904.

It seems to me that a more complete and accurate statement of the objective of the current version of the *FLA* is provided by the Ontario Law Reform Commission ("OLRC") in the following excerpt from the *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), at pp. 43-44:

The purpose of the *Family Law Act* is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down (Parts I-IV). As well, it ensures that family members have a means to seek redress when an immediate relative is injured or killed through the negligence of a third party (Part V).

This statement is largely consistent with the preamble but better reflects the design of the current legislation.

Turning to the objective of the impugned provisions, s. 29 of the *FLA* defines the term "spouse" as it appears in the support obligation provisions of Part III of the Act. There is considerable disagreement between the parties as to the underlying purpose of these provisions. The appellant submits that their objective is twofold. First, Part III of the *FLA* is said to have been designed to remedy the systemic inequality associated with opposite-sex relationships, including the economic dependence of women on men resulting from women assuming primary responsibility for child care and from

Bien que le préambule de la *LDF* jette de la lumière sur l'objectif de la Loi, son utilité est limitée. Par exemple, l'emploi du mot «mariage» peut induire en erreur. Comme l'ont reconnu les députés au cours des débats de l'assemblée législative concernant la *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2 («FLRA»), ce renvoi ne reflète pas l'intégralité des fins de la Loi modifiée, qui accorde des droits tant aux couples non mariés qu'aux couples mariés. En outre, on a aussi fait remarquer au cours de ces débats que l'accent mis sur la promotion et le renforcement du rôle de la famille est trompeur étant donné que le texte législatif vise en fait la rupture de la famille: *Legislature of Ontario Debates*, 18 octobre 1977, à la p. 904.

Il me semble que l'extrait suivant du *Report of the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), publié par la Commission de réforme du droit de l'Ontario («CRDO»), énonce de façon plus complète et exacte l'objectif de la version actuelle de la *LDF*, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La Loi sur le droit de la famille vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes (parties I à IV). De même, elle garantit que les membres de la famille ont un recours en réparation lorsqu'un proche parent est blessé ou tué par suite de la négligence d'un tiers (partie V).

Cet énoncé est compatible dans une large mesure avec le préambule, mais il reflète mieux l'esprit de la loi actuelle.

Quant à l'objectif des dispositions contestées, l'art. 29 de la *LDF* définit le terme «conjoint» pour l'application des dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la partie III de la Loi. Les parties sont en profond désaccord en ce qui concerne l'objet sous-jacent de ces dispositions. L'appellant soutient que leur objectif comporte deux volets. Premièrement, il affirme que la partie III de la *LDF* a été conçue pour corriger l'inégalité systémique constatée dans les unions entre personnes de sexe différent, notamment la dépendance financière des femmes envers les hommes en raison du

84

85

86

Matthew Miazga *Appellant*

v.

Estate of Denuis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), **Diane Kvello**, **S.K.1**, **S.K.2**, **Kari Klassen**, **Richard Klassen**, **Pamela Sharpe**, **Estate of Marie Klassen** (by her personal representative, **Peter Dale Klassen**), **John Klassen**, **Myrna Klassen**, **Peter Dale Klassen** and **Anita Janine Klassen** *Respondents*

and

Attorney General of Canada, **Attorney General of Ontario**, **Attorney General of Quebec**, **Attorney General of Nova Scotia**, **Attorney General of New Brunswick**, **Attorney General of Manitoba**, **Attorney General of British Columbia**, **Attorney General for Saskatchewan**, **Attorney General of Alberta**, **Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec**, **Canadian Association of Crown Counsel**, **Association in Defence of the Wrongly Convicted**, **Criminal Lawyers Association (Ontario)** and **Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: MIAZGA v. KVELLO ESTATE

Neutral citation: 2009 SCC 51.

File No.: 32208.

2008: December 12; 2009: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Malicious prosecution — Crown prosecutors — Malice requirement — Absence of reasonable and probable cause to initiate prosecution — Provincial Crown attorney found liable for

Matthew Miazga *Appellant*

c.

Succession Dennis Kvello (représentée par **Diane Kvello**), **Diane Kvello**, **S.K.1**, **S.K.2**, **Kari Klassen**, **Richard Klassen**, **Pamela Sharpe**, **Succession Marie Klassen** (représentée par **Peter Dale Klassen**), **John Klassen**, **Myrna Klassen**, **Peter Dale Klassen** et **Anita Janine Klassen** *Intimés*

et

Procureur général du Canada, **procureur général de l'Ontario**, **procureur général du Québec**, **procureur général de la Nouvelle-Écosse**, **procureur général du Nouveau-Brunswick**, **procureur général du Manitoba**, **procureur général de la Colombie-Britannique**, **procureur général de la Saskatchewan**, **procureur général de l'Alberta**, **Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec**, **Association canadienne des juristes de l'État**, **Association in Defence of the Wrongly Convicted**, **Criminal Lawyers Association (Ontario)** et **Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTOIRÉ : MIAZGA c. KVELLO (SUCCESSION)

Référence neutre : 2009 CSC 51.

Nº du greffe : 32208.

2008 : 12 décembre; 2009 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Responsabilité délictuelle — Poursuites abusives — Procureurs de la Couronne — Exigence de malveillance — Inexistence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite — Procureur de la

malicious prosecution — Whether prosecutor's lack of subjective belief in existence of reasonable and probable cause to initiate prosecution sufficient to ground finding of malice — Whether malice element requires proof of improper purpose.

Three children made allegations of sexual assault against their biological parents, their mother's boyfriend and the respondents, who were the children's foster parents and members of the foster parents' extended family. Charges were subsequently laid and M, a provincial Crown attorney, prosecuted the case against the parents and the mother's boyfriend. All three were convicted, and the convictions were upheld by the Court of Appeal. The Supreme Court of Canada overturned the convictions, but concluded that the evidence of the children was sufficient to order new trials against the parents. Meanwhile, taking under advisement the trial judge's comments urging that the children not be made to endure another criminal proceeding, M negotiated a plea bargain with one of the accused (who is not a respondent in this case). The charges against the respondents were stayed. Some years later, all three children recanted their allegations against the respondents. The respondents commenced a civil suit for malicious prosecution against a number of individuals involved in the proceedings against them, including M.

M was found liable. The trial judge held that there were no objectively reasonable grounds upon which M could have believed that the respondents were probably guilty of the offences alleged. He held that M could not have had a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause because of the unbelievable nature of the children's allegations against the respondents. He concluded that the absence of reasonable and probable cause raised a presumption of malice which, in the circumstances of this case, was itself sufficient to ground a finding of malice. In the event he was wrong on this conclusion, the trial judge held that there were other "indications of malice" to support the conclusion that M's prosecution of the respondents was animated by an improper purpose. While the Court of Appeal was unanimous in rejecting virtually all of the trial judge's "indicators of malice", the majority nevertheless concluded that the trial judge's finding that M did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was sufficient to support the conclusion that he was actuated by malice and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the action dismissed.

Couronne d'une province tenu responsable de poursuites abusives — L'absence de croyance subjective du procureur à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite suffit-elle à établir la malveillance? — L'intention malveillante exige-t-elle la preuve d'un but illégitime?

Trois enfants ont formulé des allégations d'agression sexuelle contre leurs parents biologiques, l'ami de cœur de leur mère et les intimés, qui étaient leurs parents nourriciers ainsi que des membres de la famille élargie de ces derniers. Des accusations ont ensuite été portées. Procureur de la Couronne provinciale, M a poursuivi les parents et l'ami de cœur de la mère, qui tous trois ont été reconnus coupables des faits reprochés. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. La Cour suprême du Canada les a infirmées, mais elle a conclu que le témoignage des enfants justifiait que les parents subissent de nouveaux procès. Dans l'intervalle, tenant compte de la recommandation du juge du procès que les enfants n'aient pas à prendre part à une nouvelle instance pénale, M a négocié l'inscription d'un plaidoyer avec l'un des accusés (qui n'est pas partie au présent pourvoi). Les accusations contre les intimés ont été abandonnées. Quelques années plus tard, les trois enfants sont revenus sur leurs allégations, et les intimés ont intenté une action au civil pour poursuites abusives contre un certain nombre de participants à l'instance engagée contre eux, dont M.

La responsabilité de M a été retenue. Le juge de première instance a conclu que nuls motifs objectivement raisonnables n'avaient pu justifier M de croire à la culpabilité probable des intimés pour les infractions alléguées. Il a estimé qu'en raison de l'in vraisemblance des allégations formulées par les enfants contre les intimés, M n'avait pu croire en son for intérieur à l'existence de motifs raisonnables et probables. Aussi, l'inexistence de tels motifs faisait naître une présomption de malveillance qui, dans les circonstances de l'espèce, permettait à elle seule de conclure à l'intention malveillante. Il a ajouté que s'il avait tort sur ce point, d'autres « indices de malveillance » appuyaient la conclusion que la poursuite de M contre les intimés avait été motivée par un but illégitime. Les juges de la Cour d'appel ont unanimement écarté presque tous les « indices de malveillance », mais ils ont néanmoins statué à la majorité que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M n'avait pas cru subjectivement à la culpabilité probable des intimés suffisait pour étayer celle que la malveillance avait animé le procureur, et ils ont rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'action est rejetée.

To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated by malice or a primary purpose other than that of carrying the law into effect. Only the last two elements are at issue in this appeal. [3]

The third element of the tort requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause for initiating the prosecution. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, there must be actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. However, principles established in suits between private parties cannot simply be transposed to cases involving Crown defendants without necessary modification. While the accuser's personal belief in the probable guilt of the accused may be an appropriate standard in a private suit, it is not a suitable definition of the subjective element of reasonable and probable cause in an action for malicious prosecution against Crown counsel. The reasonable and probable cause inquiry is not concerned with a prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case. Given the burden of proof in a criminal trial, belief in "probable" guilt means that the prosecutor believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. The public interest is engaged in a public prosecution and the Crown attorney is duty-bound to act solely in the public interest in making the decision whether to initiate or continue a prosecution. This decision may not entirely accord with the individual prosecutor's personal views about a case, but Crown counsel must take care not to substitute his or her own views for that of the judge or the jury. Furthermore, where the action is taken against a Crown attorney, the inquiry into the prosecutor's subjective state of belief does not properly belong at the third stage of the test. In the context of a public prosecution, the third element necessarily turns on an objective assessment of the existence of sufficient cause. If the court concludes, on the basis of the circumstances known to the prosecutor at the relevant time, that reasonable and probable cause existed to commence or continue a criminal prosecution from an objective standpoint, the criminal process was properly employed, and the inquiry need go no further. If a judge determines that no objective grounds for the prosecution existed at the relevant time, the court

Pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait pas sur des motifs raisonnables et probables et (4) qu'elle a été engagée dans une intention malveillante ou essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Seuls les deux derniers éléments sont en litige dans le pourvoi. [3]

Le troisième élément constitutif du délit exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter la poursuite. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. Cependant, les principes dégagés dans le cadre d'instances opposant des personnes privées ne peuvent pas simplement être appliqués aux instances auxquelles le ministère public est partie sans que les modifications qui s'imposent soient apportées. La croyance personnelle de l'accusateur à la culpabilité probable de l'accusé peut constituer une norme valable au civil, mais elle ne saurait correspondre à l'élément subjectif de l'existence de motifs raisonnables et probables dans une action pour poursuites abusives intentée contre un procureur de la Couronne. L'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant quant à la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite. Étant donné la norme de preuve applicable dans un procès criminel, pour le poursuivant, croire à la culpabilité « probable » signifie donc croire, au vu des circonstances existantes, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. La poursuite qu'intente le ministère public engage l'intérêt public et le procureur de la Couronne a le devoir d'agir dans ce seul intérêt lorsqu'il décide d'intenter ou de continuer une poursuite. Cette décision peut ne pas être en parfaite adéquation avec l'opinion personnelle de l'avocat de la Couronne, lequel doit se garder de substituer son avis à celui du juge ou du jury. Qui plus est, dans une action intentée contre un procureur de la Couronne, le degré de croyance subjective du poursuivant ne devrait pas relever du troisième volet du critère. Dans le cas d'une poursuite publique, la troisième étape de l'analyse s'entend donc forcément d'une appréciation objective de l'existence de motifs suffisants. Si, compte tenu des faits connus du poursuivant au moment considéré, le tribunal conclut qu'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer une poursuite pénale, le recours au processus

must next inquire into the fourth element of the test for malicious prosecution. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an “improper purpose”. The malice element of the test will be made out when a court is satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant Crown prosecutor commenced or continued the impugned prosecution with a purpose inconsistent with his or her role as a “minister of justice”. The plaintiff must demonstrate on the totality of the evidence that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice such that he or she exceeded the boundaries of the office of the Attorney General. The need to consider the “totality of all the circumstances” does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor’s state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose. While the absence of a subjective belief in reasonable and probable cause is relevant to the malice inquiry, it does not equate with malice and does not dispense with the requirement of proof of an improper purpose. By requiring proof of an improper purpose, the malice element ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, honest mistake, negligence or even gross negligence. [78] [80-81] [85] [89]

In this case, there is no evidence to support a finding of malice. The trial judge’s “indicators of malice” find no support in law or on the record. Moreover, the approach adopted at trial in the review of M’s conduct of the prosecution exemplifies the very kind of second-guessing of prosecutorial discretion that should be avoided. The trial judge’s basis for concluding that M did not have the requisite subjective belief amounts to a palpable and overriding error and, as such, is not entitled to deference. M testified that, while he did not believe some aspects of the allegations, he believed the children. The trial judge did not reject this testimony but faulted M for failing to state that he believed in the respondents’ “probable guilt”. However, even if he had so testified, his testimony would have been rejected because, in the trial judge’s view, the children’s allegations could not possibly give rise to a reasonable belief

criminel était légitime, et l’examen prend fin. Le tribunal qui conclut à l’inexistence objective de tels motifs à l’époque pertinente doit ensuite examiner le quatrième volet du critère applicable aux poursuites abusives, celui de l’intention malveillante. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

La malveillance est une question de fait exigeant la preuve que le poursuivant était motivé par un « but illégitime ». Le volet malveillance du critère applicable est respecté lorsque le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que le procureur de la Couronne défendeur a engagé ou continué la poursuite en cause dans un but incompatible avec son rôle de « représentant de la justice ». Le demandeur doit démontrer, au vu de l’ensemble de la preuve, que le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général. L’obligation du tribunal d’apprécier « l’ensemble des circonstances » ne signifie pas qu’il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l’instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l’état d’esprit du poursuivant, dont toute preuve d’absence de croyance à l’existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si la poursuite était en fait motivée par un but illégitime. Bien que l’absence de croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables et probables puisse jouer pour déterminer s’il y a eu malveillance, elle ne l’établit pas et elle ne supprime pas l’obligation de prouver le but illégitime. L’exigence d’un but illégitime pour qu’il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui engage une poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompetence, de son inexpérience, d’une erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. [78] [80-81] [85] [89]

Dans la présente affaire, la preuve ne permet pas de conclure à l’intention malveillante. Les « indices de malveillance » relevés par le juge de première instance n’ont de fondement ni en droit ni au vu du dossier. En outre, la démarche du juge à l’égard des actes accomplis par M dans le cadre de la poursuite équivaut bel et bien à mettre en doute rétrospectivement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en la matière, ce dont il faut se garder. La conclusion du juge de première instance selon laquelle M n’avait pas la croyance subjective requise équivaut à une erreur manifeste et dominante, de sorte qu’elle ne justifie aucune déférence. M a témoigné qu’il n’avait pas ajouté foi à certains aspects des allégations, mais qu’il avait cru les enfants. Le juge de première instance n’a pas écarté ce témoignage, mais il a reproché à M de ne pas avoir dit qu’il croyait à la « culpabilité probable » des intimés. Toutefois, même si

in probable guilt. That conclusion is not supported by the evidence. Several judges at both the trial and appellate levels in the criminal proceedings accepted and relied upon the same allegations by the children in convicting their biological parents. In the circumstances of this case, reliance on the findings of courts in antecedent proceedings does not amount to improper "bootstrapping", but simply belies the trial judge's assertion that no one could possibly have believed the children. [91] [94] [96]

The Court of Appeal erred in upholding the trial judge's finding that M was liable for malicious prosecution. The court was unanimous in overturning virtually all of the facts relied upon by the trial judge as indicative of malice on the part of M. Nevertheless, the majority relied on the "totality of all the circumstances" requirement to forgo the need for evidence beyond absence of reasonable and probable cause to prove that M was in fact actuated by an improper purpose. The majority erred by concluding that M's lack of subjective belief in the existence of grounds was sufficient to ground a finding of malice without identifying any improper purpose. Neither the plaintiffs nor the courts below have pointed to any improper purpose that impelled M to prosecute the respondents. [92] [100-101]

Cases Cited

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, rev'd [1996] 2 S.C.R. 291; *Heath v. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, aff'd [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath v. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint v. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss v. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler v. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love v. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

M l'avait précisé, son témoignage n'aurait pas été retenu, car le juge estimait que les allégations des enfants ne pouvaient faire naître une croyance raisonnable à la culpabilité probable des intimés. Cette conclusion n'est pas étayée par la preuve. Plusieurs juges de première instance et d'appel avaient conclu à la culpabilité des parents biologiques à partir des mêmes allégations des enfants. Dans les circonstances de l'espèce, ce n'est pas recourir à une assise indue que d'invoquer les conclusions de tribunaux tirées dans des instances antérieures; ces conclusions démentent simplement l'affirmation du juge de première instance que nul n'aurait pu croire les enfants. [91] [94] [96]

La Cour d'appel a eu tort de confirmer la décision de première instance tenant M responsable de poursuites abusives. Elle a écarté unanimement presque tous les faits qui, selon le juge de première instance, constituaient des indices de la malveillance de M. S'appuyant sur l'obligation de tenir compte de « l'ensemble des circonstances », les juges majoritaires ont néanmoins fait abstraction de la nécessité d'une autre preuve que la seule absence de motifs raisonnables et probables pour établir que M avait en fait été mû par un but illégitime. Ils ont eu tort de conclure que l'absence de croyance subjective de M à l'existence de motifs raisonnables et probables pouvait établir l'intention malveillante sans qu'il soit nécessaire de relever un but illégitime. Ni les demandeurs ni les juridictions inférieures n'ont relevé quelque but illégitime qui aurait incité M à poursuivre les intimés. [92] [100-101]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, inf. par [1996] 2 R.C.S. 291; *Heath c. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, conf. par [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath c. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint c. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss c. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler c. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love c. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

643; *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Glinski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(10).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 3.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 3(5).
Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, c. P-27, s. 5.

Authors Cited

Archibald, Todd L. "The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes", in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2001. Toronto: Carswell, 2002, 1.
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
 Pearson, John. "Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute" (2002), 46 C.R. (5th) 156.
 Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario*: R. v. Jedyack: R. v. Simpson" (1995), 74 Can. Bar Rev. 366.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Vancise, Sherstobitoff and Lane J.J.A.), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, upholding the judgment of Baynton J., 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Appeal allowed.

Michael D. Tochor, Q.C., and Gregory Fingas, for the appellant.

643; *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Glinski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 3(5).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108(10).
Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, ch. P-27, art. 5.

Doctrine citée

Archibald, Todd L. « The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes », in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2001. Toronto : Carswell, 2002, 1.
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London : Sweet & Maxwell, 2006.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2007.
 Pearson, John. « Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute » (2002), 46 C.R. (5th) 156.
 Sopinka, John. « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario* : R. v. Jedyack : R. v. Simpson » (1995), 74 R. du B. can. 366.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Vancise, Sherstobitoff et Lane), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, qui a confirmé une décision du juge Baynton, 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Pourvoi accueilli.

Michael D. Tochor, c.r., et Gregory Fingas, pour l'appelant.

Edward Holgate, for the respondents Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen.

Richard Klassen, on his own behalf and on behalf of the respondent Kari Klassen.

Written submissions only by *Robert Frater* and *Christopher Mainella*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Michele Smith*, *Michael Fleishman* and *Jeremy Glick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sophie Cliche, *Lizann Demers* and *Rachel Boivin*, for the interveners the Attorney General of Quebec and the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., and *Mark Scott*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

John J. Walsh, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Eugene B. Szach, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joyce DeWitt-Van Oosten and *Tara Callan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Jerome A. Tholl*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Goran Tomljanovic, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Stephen J. Moreau*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Edward Holgate, pour les intimés Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen.

Richard Klassen, pour son propre compte et pour le compte de l'intimée Kari Klassen.

Argumentation écrite seulement par *Robert Frater* et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Michele Smith*, *Michael Fleishman* et *Jeremy Glick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sophie Cliche, *Lizann Demers* et *Rachel Boivin*, pour les intervenants le procureur général du Québec et le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

James A. Gumpert, c.r., et *Mark Scott*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John J. Walsh, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joyce DeWitt-Van Oosten et *Tara Callan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jerome A. Tholl*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Goran Tomljanovic, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Stephen J. Moreau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

Louis Sokolov and Colleen Bauman, for the intervenor the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Sean Dewart, for the intervenor the Criminal Lawyers Association (Ontario).

Bradley E. Berg, Allison A. Thornton and Shashu M. Clacken, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] The respondents were charged with about 70 counts of sexual assault against children in their care. The charges were ultimately resolved in their favour when, following their committal but before trial, the appellant, Crown Attorney Miazga, entered a stay of proceedings. The child complainants, upon whose testimony the prosecution was based, subsequently recanted their allegations. The respondents then commenced this action for malicious prosecution.

[2] There is no question that the respondents were the victims of a clear miscarriage of justice which undoubtedly had a devastating effect on their lives. Especially in the absence of an acquittal, it is often difficult for people wrongly accused of such crimes to fully regain their positions in society and free themselves from the stigma and trauma of those false allegations. The fact that we now know that the children's allegations of sexual abuse were false, however, does not provide the answer to whether the respondents' action in malicious prosecution against the Crown prosecutor can succeed.

[3] To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated

Louis Sokolov et Colleen Bauman, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Sean Dewart, pour l'intervenante Criminal Lawyers Association (Ontario).

Bradley E. Berg, Allison A. Thornton et Shashu M. Clacken, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Vue d'ensemble

[1] Les intimés ont fait l'objet d'environ 70 chefs d'accusation d'agression sexuelle d'enfants dont ils avaient la charge. Le dénouement de l'affaire leur a été favorable, car après la citation à leur procès, mais avant le début de celui-ci, l'avocat de la Couronne, M. Miazga, appelant en l'espèce, a demandé l'arrêt des procédures. Les enfants plaignants, dont le témoignage constituait le fondement de la poursuite, sont subséquemment revenus sur leurs allégations. Les intimés ont ensuite intenté l'action pour poursuites abusives qui est à l'origine du présent pourvoi.

[2] Nul ne conteste que les intimés ont été victimes d'une erreur judiciaire manifeste qui a assurément eu des conséquences terribles sur leur vie. Il est souvent difficile aux personnes accusées à tort de tels crimes de réintégrer pleinement la société et d'échapper à la stigmatisation et au traumatisme découlant de ces fausses accusations, surtout lorsqu'il n'y a pas eu d'acquittal. Pour autant, même s'il est désormais établi que les enfants ont fausement prétendu avoir été agressés sexuellement, il reste à déterminer si l'action pour poursuites abusives intentée par les intimés peut être accueillie.

[3] Pour obtenir gain de cause dans une telle action, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait sur aucun motif

that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. . . . Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare. [Emphasis added.]

[49] As stated earlier, the question of whether the Attorney General and Crown attorneys enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution in the private law context was answered in the negative by this Court in *Nelles*. As the Court explained, the question was ultimately one of policy. The Court concluded that when a prosecutor acts maliciously, in fraud of his or her professional duties, that prosecutor steps outside his or her proper role as “minister of justice”, and as a result, immunity from civil liability is no longer justified. Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor’s abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown’s prosecutorial discretion.

[50] In deciding that *absolute* immunity from civil liability was not justified, the Court in *Nelles* made clear that the principles underlying the case for immunity were still engaged and informed the high threshold to be met in an action for malicious prosecution (at p. 199):

Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. [Emphasis added.]

examinées sont injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice. [. . .] Si la preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d’un acte si fautif qu’il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu’il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares. [Je souligne.]

[49] Rappelons que dans l’arrêt *Nelles*, notre Cour statue que le procureur général et ses substituts ne jouissent pas au civil d’une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Elle explique qu’il s’agit en définitive d’une question d’intérêt public, puis conclut que le poursuivant qui agit avec malveillance et dénature ses obligations professionnelles sort de son rôle de « représentant de la justice », de sorte que l’immunité contre la responsabilité civile ne se justifie plus. L’accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d’un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l’abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l’issue de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites.

[50] Dans l’arrêt *Nelles*, lorsqu’elle statue que l’immunité *absolue* contre la responsabilité civile n’est pas justifiée, la Cour précise que les principes sous-tendant la thèse de l’immunité demeurent applicables et influent sur les conditions strictes auxquelles une action pour poursuites abusives doit satisfaire (p. 199) :

De plus, il importe de souligner qu’il s’agit ici d’une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n’est question ni d’erreurs de jugement, ni d’erreurs dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l’existence d’un but ou d’un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n’est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom. [Je souligne.]

In *Proulx*, at para. 4, the Court reiterated the stringent test for malicious prosecution established in *Nelles*:

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles* . . . affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

[51] Thus, the public law doctrine of abuse of process and the tort of malicious prosecution may be seen as two sides of the same coin: both provide remedies when a Crown prosecutor's actions are so egregious that they take the prosecutor outside his or her proper role as minister of justice, such that the general rule of judicial non-intervention with Crown discretion is no longer justified. Both abuse of process and malicious prosecution have been narrowly crafted, employing stringent tests, to ensure that liability will attach in only the most exceptional circumstances, so that Crown discretion remains intact.

[52] The respondents and some of the interveners in the present appeal urge that the test for malicious prosecution be amended such that malice under the fourth element may be inferred solely from a finding of lack of reasonable and probable grounds under the third element. They argue that to require independent evidence of malice presents too high a barrier for any wrongly prosecuted person to obtain a remedy against a Crown prosecutor. In my view, these arguments are ill-conceived and do not account for the careful balancing established in *Nelles* and *Proulx* between the right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and

Dans l'arrêt *Proulx*, la Cour rappelle le critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* à l'égard de l'action pour poursuites abusives (par. 4) :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l'importance de ce rôle pour l'administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* [. . .] a confirmé sans équivoque qu'il était dans l'intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. [Je souligne.]

[51] La poursuite abusive est donc l'équivalent, en droit privé, de l'abus de procédure en droit public. En effet, les deux offrent une voie de recours lorsque la conduite du procureur de la Couronne est si inacceptable qu'elle ne ressortit plus à son rôle de représentant de la justice, écartant ainsi la règle générale de la non-immixtion des tribunaux dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Tous deux sont strictement délimités et emportent l'application de critères stricts de sorte que la responsabilité du ministère public ne soit retenue que dans les circonstances les plus exceptionnelles et que soit préservé le pouvoir discrétionnaire de ce dernier.

[52] Les intimés et certains intervenants nous exhortent à modifier le critère applicable en matière de poursuites abusives de façon que, pour les besoins du quatrième volet du critère, la malveillance puisse être inférée de la seule conclusion qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables tirée au troisième volet. Ils font valoir que la preuve indépendante de la malveillance du procureur de la Couronne impose un fardeau excessif à l'accusé qui a été victime d'une poursuite abusive. Ces arguments ne sont pas fondés selon moi, et ils ne tiennent pas compte du juste équilibre établi dans les arrêts *Nelles* et *Proulx* entre le droit individuel à la protection contre les poursuites

uninhibited prosecution of criminal wrongdoing: P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3rd ed. 2007), at p. 245. As this Court made plain in *Nelles*, the “inherent difficulty” in proving a case of malicious prosecution was an intentional choice by the Court, designed to preserve this balance (p. 199).

4.3 *The Elements of Malicious Prosecution: A Brief Overview*

[53] Under the first element of the test for malicious prosecution, the plaintiff must prove that the prosecution at issue was initiated by the defendant. This element identifies the proper target of the suit, as it is only those who were “actively instrumental” in setting the law in motion that may be held accountable for any damage that results: *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), at p. 604. As against a Crown prosecutor, the initiation requirement will be satisfied where the defendant Crown makes the decision to commence or continue the prosecution of charges laid by police, or adopts proceedings started by another prosecutor: *Clerk & Lindsell on Torts* (19th ed. 2006), at p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 677.

[54] The second element of the tort demands evidence that the prosecution terminated in the plaintiff’s favour. This requirement precludes a collateral attack on a conviction properly rendered by a criminal court, and thus avoids conflict between civil and criminal justice. The favourable termination requirement may be satisfied no matter the route by which the proceedings conclude in the plaintiff’s favour, whether it be an acquittal, a discharge at a preliminary hearing, a withdrawal, or a stay. However, where the termination does not result from an adjudication on the merits, for example, in the case of a settlement or plea bargain, a live issue may arise whether the termination of the proceedings was “in favour” of the plaintiff: see, e.g., *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (S.C.J.); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (S.C.J.); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Whether the

criminelles injustifiées et l’intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans entrave des criminels : P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3^e éd. 2007), p. 245. Comme le dit clairement la Cour dans l’arrêt *Nelles*, la « difficulté » de prouver la poursuite abusive procède d’un choix délibéré de sa part visant à préserver cet équilibre (p. 199).

4.3 *Les éléments constitutifs du délit de poursuites abusives en bref*

[53] Le premier volet du critère permettant de conclure au caractère abusif d’une poursuite exige du demandeur qu’il prouve que le défendeur a engagé la poursuite en cause. Le recours doit être exercé contre la bonne personne, car seule celle ayant [TRADUCTION] « contribué activement » à la mise en branle du processus judiciaire peut être tenue responsable du préjudice subi : *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), p. 604. Lorsqu’un procureur de la Couronne est partie défenderesse à l’action, cette exigence est remplie s’il a décidé de donner suite aux accusations déposées par la police ou de continuer la poursuite ou s’il a pris le relais dans une poursuite intentée par un collègue : *Clerk & Lindsell on Torts* (19^e éd. 2006), p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 677.

[54] Le deuxième élément constitutif — l’issue de la poursuite favorable au demandeur — empêche la contestation indirecte d’une déclaration de culpabilité prononcée à bon droit par un tribunal pénal et évite ainsi un conflit entre la justice civile et la justice pénale. Cette condition peut être remplie quelles que soient les modalités d’obtention de la décision, qu’il y ait acquittement, mise en liberté à l’enquête préliminaire, retrait de l’accusation ou arrêt des procédures. Toutefois, lorsqu’il n’y a pas de décision au fond, notamment en cas d’entente ou de négociation de plaidoyer, la question de savoir si l’instance a débouché sur une décision « favorable » au demandeur peut encore se poser : voir, p. ex., *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (C.S.J.); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (C.S.J.); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Bien qu’elle ait été débattue en première

second element of malicious prosecution was satisfied in the present case was a live issue at trial; however, the question is not before the Court.

[55] Of course, criminal proceedings may terminate in favour of an accused for a number of reasons and an accused's success in a criminal proceeding does not mean the prosecution was improperly initiated. The third element which must be proven by a plaintiff — absence of reasonable and probable cause to commence or continue the prosecution — further delineates the scope of potential plaintiffs. As a matter of policy, if reasonable and probable cause existed at the time the prosecutor commenced or continued the criminal proceeding in question, the proceeding must be taken to have been properly instituted, regardless of the fact that it ultimately terminated in favour of the accused. I will say more about this later in these reasons.

[56] Finally, the initiation of criminal proceedings in the absence of reasonable and probable grounds does not itself suffice to ground a plaintiff's case for malicious prosecution, regardless of whether the defendant is a private or public actor. Malicious prosecution, as the label implies, is an intentional tort that requires proof that the defendant's conduct in setting the criminal process in motion was fuelled by malice. The malice requirement is the key to striking the balance that the tort was designed to maintain: between society's interest in the effective administration of criminal justice and the need to compensate individuals who have been wrongly prosecuted for a primary purpose other than that of carrying the law into effect. I return to the malice element in the course of the analysis below.

[57] I now turn to a more detailed consideration of the issues live on this appeal, starting with the absence of the reasonable and probable cause element of the tort.

4.4 *The Absence of Reasonable and Probable Cause*

[58] The third element requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause

instance, cette question n'est pas soulevée devant nous.

[55] Naturellement, différentes raisons peuvent expliquer qu'une poursuite criminelle débouche sur une issue favorable à l'accusé sans qu'elle n'ait été intentée à tort pour autant. Le troisième élément dont le demandeur doit faire la preuve — l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter ou de continuer la poursuite — vient circonscrire davantage le recours possible. En principe, lorsque des motifs raisonnables et probables existaient au moment où le poursuivant a engagé ou continué l'instance criminelle, celle-ci doit être tenue pour légitime même si elle débouche finalement sur une décision favorable à l'accusé. J'y reviendrai.

[56] Enfin, le fait qu'une poursuite criminelle a été intentée malgré l'absence de motifs raisonnables et probables n'établit pas à lui seul son caractère abusif, que le défendeur exerce une charge publique ou non. Le délit de poursuites abusives est de nature intentionnelle et exige la preuve que le défendeur était animé par la malveillance lorsqu'il a mis le processus judiciaire criminel en branle. La malveillance constitue l'élément clé de l'équilibre que le délit vise à préserver entre l'administration efficace de la justice criminelle dans l'intérêt public et la nécessité d'indemniser le citoyen qui est poursuivi à tort principalement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Je reviens sur cet élément dans mon analyse.

[57] Je passe maintenant à l'examen détaillé des questions en litige dans le présent pourvoi. Je me penche d'abord sur l'élément constitutif de l'absence de motifs raisonnables et probables.

4.4 *L'absence de motifs raisonnables et probables*

[58] Le troisième élément exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et

for initiating the prosecution. Since malicious prosecution is an intentional tort that targets a prosecutor's decision to initiate criminal proceedings, this element is generally couched in terms of the prosecutor's *belief* in the existence of reasonable and probable cause. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, "[t]here must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances" (*Nelles*, at p. 193). Although stated in the affirmative, the onus is clearly on the plaintiff to prove the *absence* of reasonable and probable cause.

[59] Two issues are raised in this appeal regarding the third element of the tort in an action taken against a Crown prosecutor. First, the parties seek guidance in respect of the standard of belief which should inform the prosecutor's decision to initiate or continue a prosecution, as it appears that there is some uncertainty on this issue. Second, given that the reasonable and probable cause inquiry in a public prosecution is not concerned with the prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case, the question is raised whether the third element of the tort should turn solely on the existence or absence of objective grounds, leaving any inquiry into the prosecutor's subjective state of belief to the fourth element, the question of malice. I will deal first with the requisite standard of belief.

[60] In *Nelles*, Lamer J. adopted (at p. 193) the definition of reasonable and probable grounds from *Hicks v. Faulkner*, at p. 171, *per* Hawkins J., aff'd [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), stating as follows:

Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the

probables d'intenter la poursuite. Comme le délit de poursuite abusive est de nature intentionnelle et qu'il vise la décision du ministère public d'engager une instance criminelle, cet élément renvoie généralement à la *croyance* du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'« [i]l doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances » (*Nelles*, p. 193). Certes l'exigence est formulée de manière positive, mais il incombe clairement au demandeur de démontrer l'*absence* de motifs raisonnables et probables.

[59] Le présent pourvoi soulève deux questions en ce qui concerne le troisième élément constitutif du délit dans une action intentée contre un procureur de la Couronne. Premièrement, des précisions s'imposent sur le degré de croyance qui doit fonder la décision du poursuivant d'intenter ou de continuer une poursuite, car une incertitude paraît subsister à ce sujet. Deuxièmement, étant donné que l'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant concernant la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite, la question se pose de savoir si le troisième volet du critère doit s'attacher uniquement à l'existence ou à l'inexistence de motifs objectifs, de sorte que l'état d'esprit subjectif du poursuivant ne serait considéré qu'à la quatrième étape de l'analyse, celle relative à l'intention malveillante. J'examine d'abord le degré de croyance requis.

[60] Dans l'arrêt *Nelles*, à la p. 193, le juge Lamer fait sienne la définition des motifs raisonnables et probables du juge Hawkins dans *Hicks c. Faulkner*, à la p. 171, *conf.* par [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), et dit ce qui suit :

Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] « la *croyance de bonne foi en la culpabilité* de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé

mental state in respect of the prosecution at issue. Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an "improper purpose". In *Nelles*, Lamer J. explained the meaning of "improper purpose" in this context (at pp. 193-94):

To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of "minister of justice". In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. [Emphasis in original.]

[79] In order to prove malice, a plaintiff must, in accordance with *Nelles*, bring evidence that the defendant Crown was acting pursuant to an improper purpose inconsistent with the office of the Crown attorney. As we have seen, in deciding whether to initiate or continue a prosecution, the prosecutor must assess the legal strength of the case against the accused. The prosecutor should invoke the criminal process only where he or she believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. It follows that, if the court concludes that the prosecutor initiated or continued the prosecution based on an *honest*, albeit mistaken, professional belief that reasonable and probable cause did in fact exist, he or she will have acted for the proper purpose of carrying the law into effect and the action must fail.

[80] The inverse proposition, however, is not true. The absence of a subjective belief in sufficient grounds, while a relevant factor, does not equate with malice. It will not always be possible for a plaintiff to adduce direct evidence of the prosecutor's lack of belief. As is often the case, a state of mind may be inferred from other facts. In

volet de la malveillance s'attache à l'état d'esprit du poursuivant défendeur. La malveillance est une question de fait, et le poursuivant doit avoir été motivé par un « but illégitime ». Dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer précise ce qu'est un « but illégitime » dans ce contexte (p. 193-194) :

Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. [Souligné dans l'original.]

[79] Suivant l'arrêt *Nelles*, pour établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le procureur de la Couronne était mû par un but illégitime incompatible avec sa charge. Rappelons que pour décider d'engager ou de continuer une poursuite, le poursuivant doit soupeser la preuve dont il dispose contre l'accusé. Il ne doit enclencher le processus criminel que s'il croit, au vu des circonstances alors connues, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. Partant, si le tribunal conclut que le poursuivant a engagé la poursuite ou l'a continuée sur la foi de sa croyance professionnelle *sincère*, mais erronée, à l'existence de motifs raisonnables et probables, la mesure a été prise dans le but légitime de faire appliquer la loi, en sorte que l'action est vouée à l'échec.

[80] L'inverse n'est toutefois pas vrai. L'absence de croyance subjective à l'existence de motifs suffisants, bien qu'elle constitue un facteur pertinent, n'équivaut pas à de la malveillance. Le demandeur n'est pas toujours en mesure de prouver directement l'absence de croyance du poursuivant. Souvent, l'état d'esprit de l'intéressé peut s'inférer d'autres

appropriate circumstances, for example when the existence of objective grounds is woefully inadequate, the absence of a subjective belief in the existence of sufficient grounds may well be inferred. However, even if the plaintiff should succeed in proving that the prosecutor did *not* have a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause, this does not suffice to prove malice, as the prosecutor's failure to fulfill his or her proper role may be the result of inexperience, incompetence, negligence, or even gross negligence, none of which is actionable: *Nelles*, at p. 199; *Proulx*, at para. 35. Malice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice. The third and fourth elements of the tort must not be conflated.

[81] As discussed earlier, a demonstrable "improper purpose" is the key to maintaining the balance struck in *Nelles* between the need to ensure that the Attorney General and Crown prosecutors will not be hindered in the proper execution of their important public duties and the need to provide a remedy to individuals who have been wrongly and maliciously prosecuted. By requiring proof of an improper purpose, the malice element of the tort of malicious prosecution ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence. In *Nelles*, Lamer J. stated, at pp. 196-97:

It should be noted that what is at issue here [in a suit for malicious prosecution] is not the exercise of a prosecutor's discretion within the proper sphere of prosecutorial activity as defined by his role as a "minister of justice". Rather, in cases of malicious prosecution we are dealing with allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney. We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney's judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper

faits. Dans certaines circonstances, notamment lorsque des motifs objectifs font cruellement défaut, on peut fort bien en inférer que le poursuivant ne croyait pas subjectivement à l'existence de motifs suffisants. Toutefois, même si le demandeur réussit à prouver que le poursuivant *ne croyait pas* subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables, il ne prouve pas pour autant la malveillance, car l'omission du poursuivant de s'acquitter de ses fonctions peut découler de son inexpérience, de son incompetence, de sa négligence, voire de sa négligence grave, et aucune de ces causes ne confère de recours : *Nelles*, p. 199; *Proulx*, par. 35. Pour établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu'il a perverti le processus de justice criminelle. Il faut se garder de fondre en un seul les troisième et quatrième volets.

[81] Rappelons que l'existence d'un « but illégitime » démontrable est essentielle au maintien de l'équilibre établi dans l'arrêt *Nelles* entre deux nécessités : celle que le procureur général et les procureurs de la Couronne puissent bien s'acquitter de leurs fonctions publiques importantes et celle que les personnes poursuivies à tort et abusivement disposent d'un recours. L'exigence d'un but illégitime pour qu'il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui a engagé la poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompetence, de son inexpérience, de son manque de discernement ou de professionnalisme, de sa paresse, de son insouciance, de son erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. Dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer dit (p. 196-197) :

Notons que ce dont il s'agit ici [dans une action pour poursuites abusives] n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, telle que définie par son rôle de « représentant de la justice ». En effet, dans des cas de poursuites abusives il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursuites; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour

and inconsistent with the traditional prosecutorial function. [Emphasis added.]

[82] The test was reiterated in *Proulx* (para. 35). The circumstances in *Proulx* provide an example of a prosecution motivated by an improper purpose sufficient to ground liability for malicious prosecution. The circumstances can be briefly summarized as follows.

[83] In *Proulx*, Crown counsel concluded in 1986 that there did not exist sufficient evidence to prosecute Proulx for the murder, and the case was closed. Five years later, in the midst of a widely publicized defamation action launched by Proulx against a radio station and a retired police officer who had worked on his case, the prosecutor was advised by the defendants in the defamation case of a potential new identification witness. The prosecutor added the retired police officer to the prosecution team notwithstanding that he was a defendant in the defamation action, reopened the file and went ahead with the prosecution of Proulx for murder. The Crown attorney was aware of the retired police officer's involvement in the defamation action but allowed him to gather evidence against Proulx without restriction. Proulx was convicted. The conviction was reversed on appeal and an acquittal entered, with the court strongly criticizing the lack of credible evidence. Proulx then launched a malicious prosecution action against the Crown attorney.

[84] Writing for the majority, Iacobucci and Binnie JJ. began with the proposition from *Nelles* that malice involves "serious allegations, which relate to the misuse and abuse of the criminal process and the office of the Crown Attorney" (para. 35). They found that the evidence demonstrated the improper mixing of public and private business and that the prosecutor had knowingly manipulated evidence before the jury and prosecuted Proulx with "an active effort to obtain a conviction at any price" (para. 41). They therefore concluded that the prosecutor lent his office to a defence strategy in a defamation case, which was a perversion of the powers

des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant. [Je souligne.]

[82] Le critère est repris dans l'arrêt *Proulx* (par. 35) dans le cas d'une poursuite motivée par un but illégitime suffisant pour conclure au caractère abusif de la poursuite et à la responsabilité civile du poursuivant. Voici un résumé des faits.

[83] En 1986, un procureur de la Couronne avait déterminé qu'il n'existait pas de preuve suffisante pour accuser M. Proulx de meurtre, et il avait clos le dossier. Cinq ans plus tard, les défendeurs à l'action en libelle diffamatoire très médiatisée intentée par M. Proulx contre une station de radio et un policier à la retraite qui avait pris part à l'enquête avaient informé le substitut du procureur général de l'existence d'un nouveau témoin susceptible de fournir une preuve d'identification. Le substitut avait intégré l'ancien policier à l'équipe chargée de la poursuite criminelle même s'il était partie défenderesse à l'action en diffamation, il avait rouvert le dossier et avait décidé d'accuser M. Proulx de meurtre. Il savait que le policier retraité était poursuivi pour diffamation, mais il lui avait permis de recueillir des éléments de preuve contre M. Proulx sans fixer de limites à cet égard. Monsieur Proulx avait été reconnu coupable. La Cour d'appel avait annulé la déclaration de culpabilité et acquitté l'accusé. Elle a également critiqué sévèrement l'absence de preuve crédible. Monsieur Proulx avait alors intenté une action pour poursuites abusives contre le substitut du procureur général.

[84] Au nom des juges majoritaires de notre Cour, les juges Iacobucci et Binnie se sont d'abord reportés à l'arrêt *Nelles*, où la Cour avait affirmé que la malveillance suppose des « allégations graves ayant trait à l'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne » (par. 35). À leur avis, il ressortait de la preuve que le substitut avait indûment amalgamé une affaire d'intérêt public et une affaire d'intérêt privé, qu'il avait sciemment trafiqué la preuve présentée au jury et que la mise en accusation de M. Proulx s'inscrivait dans « un effort conscient en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » (par. 41). Ils

of the office of the Crown and an abuse of his prosecutorial power, holding (at para. 43):

In our opinion, this juxtaposition of events shows the importance of the prosecutor's duty not to allow the criminal process to be used as a vehicle to serve other ends, in this case the ends of Arthur and Tardif in attempting to defend against the appellant's defamation action. The Crown made the decision to prosecute with the full knowledge that prosecuting the appellant would potentially assist the defendants in the defamation actions. This was thus more than a simple abdication of prosecutorial responsibilities to the police or, in the case of Tardif, to a former police officer. Rather, the prosecutor lent his office to a defence strategy in the defamation suits and, in so doing, was compromised by Tardif's manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the 1991 investigation process. [Emphasis added.]

[85] The court must consider the relevant evidence and decide whether, on a balance of probabilities, the prosecutor was in fact motivated by an improper purpose. Consistent with the approach courts must take in every case, this requires an assessment of the "totality of all the circumstances" (*Proulx*, at para. 37). The need to consider the "totality of all the circumstances" does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor's state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose, as alleged.

[86] Evidence of the prosecutor's lack of subjective belief in reasonable and probable cause may assist in proving that the prosecution was driven by an improper purpose. However, for the reasons explained earlier, malice cannot simply be inferred from a finding of absence of belief in reasonable and probable cause alone, as the latter is equally consistent with prosecutorial conduct that is not

ont donc conclu que le substitut avait mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire, dénaturant ainsi le rôle du ministère public et abusant de son pouvoir en matière de poursuites (par. 43) :

Nous sommes d'avis que cette juxtaposition d'événements démontre l'importance de l'obligation qu'a le poursuivant de ne pas permettre que le processus pénal soit utilisé comme instrument servant à d'autres fins, en l'occurrence les fins que poursuivaient Arthur et Tardif en essayant de se défendre contre l'action en libelle diffamatoire de l'appelant. Le ministère public a pris la décision de poursuivre l'appelant en sachant fort bien que cette poursuite était susceptible d'aider les défendeurs dans le cadre de l'action en libelle diffamatoire. Il s'agissait de bien plus que d'un simple abandon des responsabilités du substitut en faveur de la police ou, dans le cas de Tardif, en faveur d'un ancien policier. En effet, le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi trouvé compromis par la façon dont Tardif a manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête de 1991. [Je souligne.]

[85] Le tribunal doit examiner la preuve pertinente et déterminer, suivant la prépondérance des probabilités, si le poursuivant était en fait motivé par un but illégitime. Comme dans toute affaire, il lui faut alors apprécier « l'ensemble des circonstances » (*Proulx*, par. 37), ce qui ne signifie pas qu'il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l'instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l'état d'esprit du poursuivant, dont toute preuve d'absence de croyance à l'existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si, comme l'allègue le demandeur, la poursuite était en fait motivée par un but illégitime.

[86] La preuve de l'absence de croyance subjective du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables peut contribuer à démontrer que la poursuite était motivée par un but illégitime. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, la malveillance ne peut s'inférer de la seule conclusion selon laquelle le poursuivant ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables

Gilbert Morier and Raymond Boily
Appellants;

and

Gilles Rivard *Respondent;*

and

Commission de police du Québec, Attorney General of the Province of Quebec, Quebec Official Publisher and Chief Librarian of the Bibliothèque nationale du Québec *Mis en cause.*

File No.: 17896.

1985: May 21; 1985: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Judges — Immunity — Provincial commission of inquiry — Action for damages against two members of Commission de police du Québec for acts committed in the course of their duties — Commissioners protected by immunity of superior court judges — Provincial jurisdiction — Immunity absolute — Action for damages dismissed by motion to dismiss — Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 22, 34.3, 35 — Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, s. 16 — Code of Civil Procedure, art. 165(4).

Appellants, who are additional members of the Commission de police du Québec, conducted an inquiry into the activities of certain persons in the business world and submitted a report to the Attorney General. Following publication of this report, respondent brought a twofold action against appellants and the Commission itself. The first asked that the report and the evidence obtained be declared null and void, and the second, which is the subject of the appeal at bar, asked that the Commission and the appellants be ordered to pay the respondent exemplary damages in accordance with s. 49 of the *Charter of human rights and freedoms*. Respondent alleged that appellants acted without jurisdiction and contravened the rules of natural justice by failing to comply with the provisions of the *Police Act* and the *Charter of human rights and freedoms*. He alleged principally that, contrary to s. 34.3 of the *Police Act*, appellants censured his conduct without informing him

Gilbert Morier et Raymond Boily *Appellants;*

et

^a **Gilles Rivard** *Intimé;*

et

^b **Commission de police du Québec, le procureur général de la province de Québec, l'Éditeur officiel du Québec et le Conservateur en chef de la bibliothèque nationale du Québec** *Mis en cause.*

^c N° du greffe: 17896.

1985: 21 mai; 1985: 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et ^d La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e *Juges — Immunité — Commission d'enquête provinciale — Poursuite en dommages contre deux commissaires de la Commission de police du Québec pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions — Commissaires bénéficiant de l'immunité des juges de la Cour supérieure — Compétence provinciale — Immunité absolue — Recours en dommages rejeté au moyen d'une requête en irrecevabilité — Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 22, 34.3, 35 — Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., chap. C-37, art. 16 — Code de procédure civile, art. 165(4).*

^g Les appelants, membres additionnels de la Commission de police du Québec, ont fait une enquête sur les activités criminelles de certaines personnes du monde des affaires et ont présenté un rapport au procureur général. À la suite de la publication de ce rapport, ^h l'intimé a intenté un double recours contre les appelants et la Commission elle-même. Le premier vise à faire annuler le rapport et la preuve recueillie, le deuxième, qui fait l'objet du présent pourvoi, à faire condamner la Commission et les appelants à lui payer des dommages exemplaires conformément à l'art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'intimé allègue que les appelants ont agi sans juridiction en ne respectant pas les règles de justice naturelle et en ne se conformant pas aux dispositions de la *Loi de police* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il allègue principalement que, contrairement à l'art. 34.3 de la *Loi de police*, les appelants ont blâmé sa conduite sans l'avoir informé

of the facts alleged against him or permitting him to be heard on the subject.

Citing the immunity conferred on them by s. 22 of the *Police Act*, both appellants filed a motion to dismiss. Section 22 provides that the Commission and each of its members are vested with the powers and immunity of a commissioner appointed under the *Act respecting public inquiry commissions*. Section 16 of the Act provides that "The commissioners shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty". The Superior Court found that the immunity of appellants was absolute, allowed the motions and dismissed the action for damages. The Court of Appeal reversed the judgment on the ground that the immunity was not absolute but depended largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he has that he lacked jurisdiction.

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

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.: It is possible that the action to quash the report of the Commission de police and the evidence obtained is valid if the allegations made are proven, but these allegations do not support an action in damages against appellants. Under s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, appellants are vested with the same immunity as a judge of the Superior Court "for any act done or omitted in the execution of their duty". The phrase "in the execution of their duty" means the execution of the duty imposed by that Act on commissioners, and the duty referred to is that of holding an inquiry and submitting a report. Unlike the legislation applicable in other jurisdictions, this section makes no distinction depending on whether the act done or omitted was done or omitted without jurisdiction or in excess of jurisdiction. There was no question in the case at bar that appellants had jurisdiction to hold an inquiry and submit a report. They accordingly enjoy the absolute immunity of superior court judges, and appellants were correct to proceed by a motion to dismiss respondent's action for damages.

Per Wilson and La Forest JJ., dissenting: Under s. 16 of the *Act respecting public inquiry commissions*, commissioners have the same immunity as superior court judges for any act done or omitted in the execution of their duty. What must be considered, therefore, is the duty of the commissioners under their enabling Act. There is no doubt in the case at bar that under s. 35 of the *Police Act*, the Commission has a duty to submit a

des faits qu'on lui reprochait et sans lui avoir permis d'être entendu à ce sujet.

Invokant l'immunité que leur confère l'art. 22 de la *Loi de police*, les appelants ont tous deux présenté une requête en irrecevabilité. L'article 22 prévoit que la Commission ainsi que chacun de ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*. L'article 16 de cette loi prescrit que «Les commissaires jouissent de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour supérieure, pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs». Concluant à l'immunité absolue des appelants, la Cour supérieure a accueilli les requêtes et rejeté le recours en dommages. La Cour d'appel a infirmé le jugement au motif que l'immunité ne serait pas absolue mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

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

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain: Il est possible que la demande d'annulation du rapport de la Commission de police et de la preuve recueillie soit fondée si la preuve des allégations est faite mais ces allégations ne donnent pas ouverture à un recours en dommages contre les appelants. En vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, les appelants sont investis de la même immunité qu'un juge de la Cour supérieure «pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs». L'expression «dans l'exécution de leurs devoirs» s'entend des devoirs que cette loi impose aux commissaires et ces devoirs consistent à faire enquête et à remettre un rapport. Cet article, contrairement à la législation qui s'applique dans d'autres juridictions, ne fait aucune distinction selon que l'acte en cause est fait ou omis sans compétence ou en excès de compétence. En l'espèce, il est incontestable que les appelants avaient compétence pour enquêter et pour faire rapport. Ils jouissent donc de l'immunité absolue des juges de la Cour supérieure et les appelants étaient bien fondés de procéder par voie de requête en irrecevabilité pour faire rejeter le recours en dommages de l'intimé.

Les juges Wilson et La Forest, dissidents: En vertu de l'art. 16 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, les commissaires jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. Il faut donc examiner les devoirs des commissaires en vertu de leur loi constitutive. Il ne fait pas de doute en l'espèce qu'en vertu de l'art. 35 de la *Loi de police*, la Commission a le devoir

report to the Attorney General. However, the Act also clearly indicates in s. 34.3 that the report "shall not ... censure the conduct of a person ... unless it has informed him of the facts alleged against him and has permitted him to be heard on that subject". Far from submitting a report in the execution of their duty, the commissioners, if the allegation against them is true, did what they had a duty under the Act not to do. This is not simply a matter of an unimportant procedural omission, but of an irregularity that is both obvious and serious. Accordingly, if respondent's conduct was censured without complying with the requirements of s. 34.3, it is far from certain that the commissioners acted in the exercise of their duty for the purposes of s. 16. The motions to dismiss should therefore be dismissed.

Cases Cited

By the majority

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, considered; *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489; *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23; *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76; *Canadian Broadcasting Corporation v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *McGillivray v. Kimber* (1915), 52 S.C.R. 146; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61; *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583; *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197; *Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62; *Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316; *Gabriel v. Langlois*, [1973] C.S. 659; *Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289; *Foran v. Tatangelo* (1976), 14 O.R. (2d) 91, referred to.

By the minority

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872; *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting public inquiry commissions, R.S.Q., c. C-37, ss. 1-20.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.
Code of Civil Procedure, arts. 33, 165(4).

de présenter un rapport au procureur général. Toutefois, la Loi indique aussi clairement à l'art. 34.3 que le rapport «ne peut ... blâmer la conduite d'une personne ... à moins de l'avoir informée des faits qu'on lui reproche et de lui avoir permis d'être entendue». Loin d'avoir fait rapport dans l'exécution de leurs devoirs, les commissaires, si ce qu'on leur reproche est vrai, ont fait ce que la Loi leur impose le devoir de ne pas faire. Il ne s'agit pas ici d'une simple omission de procédure sans importance mais d'une irrégularité à la fois évidente et grave. En conséquence, si la conduite de l'intimé a été blâmée sans que les exigences de l'art. 34.3 n'aient été respectées, il est loin d'être certain que les commissaires ont agi dans l'exercice de leurs devoirs pour les fins de l'art. 16. Les requêtes en irrecevabilité doivent donc être rejetées.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts examinés: *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; arrêts mentionnés: *Trapp v. Mackie*, [1979] 1 All E.R. 489; *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23; *O'Connor v. Waldron*, [1935] A.C. 76; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *McGillivray v. Kimber* (1915), 52 R.C.S. 146; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Haggard v. Pélicier Frères*, [1892] A.C. 61; *Scott v. Stansfield* (1868), L.R. 3 Ex. 220; *Stark v. Auerbach* (1979), 98 D.L.R. (3d) 583; *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197; *Ringrose v. Stevenson* (1982), 35 A.R. 62; *Schwartz v. Smith* (1964), 45 D.L.R. (2d) 316; *Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659; *Bengle v. Weir* (1929), 67 C.S. 289; *Foran v. Tatangelo* (1976), 14 O.R. (2d) 91.

Citée par la minorité

McC v. Mullan, [1984] 3 All E.R. 908; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re The Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley*, [1962] O.R. 872; *Marshalsea Case* (1612), 10 Co. Rep. 68b, 77 E.R. 1027.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 49.
Code de procédure civile, art. 33, 165(4).
Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, chap. 157, art. 2.

Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11, s. 98.
Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13.
Justices' and Magistrates' Protection Act, R.S.N.S. 1967, c. 157, s. 2.
Magistrates' Courts Act (Northern Ireland) 1964, s. 15.
Magistrate's Privileges Act, R.S.Q., c. P-24, s. 1.
Police Act, R.S.Q., c. P-13, ss. 20, 21, 22, 34.3, 35.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 37.
Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), c. 42, s. 23.
Provincial Court Judges Act, 1981 (Alta.), c. P-20.1, s. 16(1).

Authors Cited

Brun, H. et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 1, London, Butterworths, 1973.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 334, [1983] R.D.J. 514, which reversed a judgment of the Superior Court. Appeal allowed, Wilson and La Forest JJ. dissenting.

Georges Emery, Q.C., for the appellant Boily.

Michel Décary, for the appellant Morier.

Pierre Lemieux and *André Gaudreau*, for the mis en cause the Attorney General of Quebec.

Guy Pepin, Q.C., and *Isabelle Geoffrey*, for the respondent.

English version of the judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ. delivered by

CHOUINARD J.—Respondent, a practising lawyer for over twenty years, alleges that his conduct was censured in a report by the Commission de police to the Attorney General of Quebec. This report was titled [TRANSLATION] "Crime in certain business circles in Québec".

Following the publication of this report respondent brought a twofold action against appellants, additional members of the Commission and signatories of the report, and the Commission itself.

Loi de police, L.R.Q., chap. P-13, art. 20, 21, 22, 34.3, 35.

Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.), chap. 11, art. 98.

^a *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., chap. C-37, art. 1 à 20.

Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13.

Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q., chap. P-24, art. 1.

^b *Magistrates' Courts Act (Northern Ireland)* 1964, art. 15.

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, chap. 341, art. 37.

Provincial Court Act, 1978, 1978 (Sask.), chap. 42, art. 23.

^c *Provincial Court Judges Act*, 1981 (Alb.), chap. P-20.1, art. 16(1).

Doctrine citée

Brun, H. et G. Tremblay. *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

^d *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, London, Butterworths, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 334, [1983] R.D.J. 514, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. ^e Pourvoi accueilli, les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

Georges Emery, c.r., pour l'appellant Boily.

^f *Michel Décary*, pour l'appellant Morier.

Pierre Lemieux et *André Gaudreau*, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

^g *Guy Pepin, c.r.*, et *Isabelle Geoffrey*, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain a été rendu par

^h LE JUGE CHOUINARD—L'intimé, un avocat en exercice depuis plus de 20 ans, allègue que sa conduite a été blâmée dans un rapport de la Commission de police au procureur général du Québec. ⁱ Ce rapport est intitulé «La criminalité dans certains milieux d'affaires, à Québec».

À la suite de la publication de ce rapport, l'intimé a intenté un double recours contre les appellants, membres additionnels de la Commission et signataires du rapport, et la Commission elle-même.

established in order to secure the independence of the Judges, and prevent their being harassed by vexatious actions.

In *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431, Lord Esher, M.R., wrote at p. 442:

It is true that, in respect of statements made in the course of proceedings before a Court of justice, whether by judge, or counsel, or witnesses, there is an absolute immunity from liability to an action.

In *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, 1973, at pp. 197 *et seq.*, it is stated at Nos. 206 and 210:

206. Persons protected. Persons exercising judicial functions in a court are exempt from all civil liability whatsoever for anything done or said by them in their judicial capacity, nor can any action be brought against the Crown in respect of acts or omissions of persons discharging responsibilities of a judicial nature or in connection with the execution of judicial process.

210. Extent of protection. Wherever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken mala fide, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to found an action. The protection does not, however, extend to acts purely extra-judicial or alien to the judicial duty of the defendant; and, therefore, if the words complained of are not uttered in the course of judicial proceedings, the defendant is not protected.

The protection extends to all judges, juries, advocates, parties and witnesses, for words spoken or written in the course of a judicial inquiry and having any reference thereto, however remote.

H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), write at p. 514:

[TRANSLATION]

—Immunity of judges

The primary aspect of the independence of the courts is negative: the judges will incur no civil liability when they act in their capacity as judges.

This absolute immunity is a rule of the common law applicable to superior court judges even where bad faith has been alleged: see *Anderson v. Gorrie*, [1895] 1 Q.B.

cette règle, qui existe pour son avantage; elle a été établie dans le but de garantir l'indépendance des juges et d'empêcher qu'ils soient harcelés par des poursuites vexatoires.

^a Dans *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431, le maître des rôles, lord Esher, écrit à la p. 442:

[TRADUCTION] Il est vrai qu'à l'égard des déclarations faites au cours de procédures tenues devant une cour de justice, qu'elles soient faites par un juge, un avocat ou un témoin, il existe une immunité absolue à l'égard de toute poursuite en responsabilité.

^e Dans *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, 1973, aux pp. 197 et suiv., on peut lire aux nos 206 et 210:

[TRADUCTION] **206. Les personnes protégées.** Les personnes qui exercent des fonctions judiciaires dans un tribunal sont dégagées de toute responsabilité civile quelle qu'elle soit pour tout ce qu'elles font ou disent à titre de juge. En outre aucune action ne peut être intentée contre Sa Majesté pour les actes ou omissions des personnes qui s'acquittent de responsabilités de nature judiciaire ou en exécution du processus judiciaire.

^e **210. Portée de la protection.** Où que la protection de l'exercice des pouvoirs judiciaires s'applique, elle est si absolue qu'aucune allégation que les actes ou omissions dont on se plaint ont été faits ou dits de mauvaise foi, avec malveillance, par corruption ou sans cause raisonnable ou probable suffit à fonder une action. Toutefois, la protection ne s'étend pas aux actes purement extra-judiciaires ou étrangers au devoir judiciaire du défendeur; et donc si les mots en cause n'ont pas été prononcés au cours du processus judiciaire, le défendeur n'est pas protégé.

^h La protection s'étend à tous les juges, jurys, avocats, parties et témoins pour ce qui est dit ou écrit au cours d'une enquête judiciaire, même si le lien avec elle est lointain.

H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), écrivent, à la p. 514:

ⁱ —L'immunité des juges

L'indépendance des tribunaux comporte avant tout un aspect négatif: les juges n'encourent pas de responsabilité civile lorsqu'ils agissent en tant que juges.

^j Cette immunité absolue est un principe de common law applicable aux juges des cours supérieures même en présence d'allégations de mauvaise foi. Voir *Anderson c.*

668; *Bengle v. Weir*, (1929) 67 C.S. 289; *Lemieux v. Barbeau*, [1972] R.P. 357; and *Gabriel v. Langlois*, [1973] C.S. 659. In the case of these judges, it can be said that they are immunized for any act performed in the course of and in connection with their duties. On the other hand, it is clear that superior court judges are civilly liable for their purely personal acts, which have no connection with their legal responsibilities.

The parties cited several other cases and a number of writers from Britain and the Commonwealth, other Canadian provinces and Quebec, which establish that superior court judges are protected against civil suit and which treat the immunity as absolute. It is not necessary to review them all.

In the view of the Court of Appeal, however, this immunity is not absolute, but depends largely on the *ultra vires* of the act committed by the judge and on the knowledge which he had of his lack of jurisdiction.

The Court of Appeal wrote: "The immunity of superior court judges is not defined by law. Judicial attitudes to its scope have evolved . . .".

The Court of Appeal relied on *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, a decision of the United Kingdom Court of Appeal which has been frequently cited, both by the courts and in scholarly analysis, as the correct statement of the contemporary rule of immunity.

The most often cited passage is the following, from Lord Denning M.R. at p. 136:

In this new age I would take my stand on this: as a matter of principle the judges of superior courts have no greater claim to immunity than the judges of the lower courts. Every judge of the courts of this land — from the highest to the lowest — should be protected to the same degree, and liable to the same degree. If the reason underlying this immunity is to ensure "that they may be free in thought and independent in judgment," it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: "If I do this, shall I be liable in damages?" So long as he does his work in the honest

Gorrie, [1895] 1 Q.B. 668; *Bengle c. Weir*, (1929) 67 C.S. 289; *Lemieux c. Barbeau*, [1972] R.P. 357; et *Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659. Dans le cas de ces juges, on peut dire qu'ils sont immunisés pour tout acte posé dans l'exercice et à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Par contre, il est certain que les juges des cours supérieures sont civilement responsables de leurs actes purement personnels, qui sont sans rapport avec leurs responsabilités judiciaires.

Les parties ont cité de nombreux autres arrêts et de nombreux auteurs anglais et du Commonwealth, des autres provinces canadiennes et du Québec qui établissent que les juges des cours supérieures sont protégés contre les poursuites civiles et qui consacrent le caractère absolu de l'immunité. Il n'est pas nécessaire de les passer tous en revue.

Selon la Cour d'appel cependant cette immunité ne serait pas absolue, mais dépendrait grandement de l'*ultra vires* de l'acte posé par le juge et de la connaissance que celui-ci avait de l'absence de sa compétence.

La Cour d'appel écrit: «L'immunité des juges de la Cour supérieure n'est pas définie par la loi. La jurisprudence quant à son étendue a évolué».

La Cour d'appel s'appuie sur *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, un arrêt de la Cour d'appel du Royaume-Uni maintes fois cité depuis tant en jurisprudence qu'en doctrine comme étant l'énoncé de la règle contemporaine de l'immunité.

Le passage le plus souvent cité est le suivant du maître des rôles, lord Denning, à la p. 136:

[TRADUCTION] À l'époque moderne, j'opterais pour la formulation suivante: en principe, les juges des cours supérieures n'ont pas plus de prétention à l'immunité que les juges des cours d'instance inférieure. Tous les juges des cours du pays, de l'instance la plus haute à la plus inférieure, devraient jouir des mêmes privilèges et être soumis aux mêmes responsabilités. Si la raison d'être de l'immunité est de garantir qu'ils «soient libres d'esprit et indépendants de pensée» elle s'applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant «Si je prends ce parti,

belief that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction — in fact or in law — but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

With respect, I consider that *Sirros* does not support the proposition of the Court of Appeal that the immunity is not absolute. In my view, the evolution indicated by *Sirros* is actually contained in the proposition put forward by Lord Denning, concurred in by Ormrod L.J., that judges of the “inferior” courts have the same immunity as that conferred on judges of the “superior” courts. This proposition is to be found at the beginning of the passage cited above:

In this new age I would take my stand on this: as a matter of principle the judges of superior courts have no greater claim to immunity than the judges of the lower courts. Every judge of the courts of this land — from the highest to the lowest — should be protected to the same degree, and liable to the same degree.

However, in a case subsequent to the decision of the Court of Appeal in the case at bar, *McC v. Mullan*, *supra*, the House of Lords rejected the change suggested by Lord Denning because of the specific legislative provisions applicable in Northern Ireland and those applicable in England, which make a justice of the peace or magistrate liable in damages when he acts without jurisdiction or exceeds his jurisdiction. The same legislation provides, however, that a justice of the peace or magistrate who has to pay damages in such circumstances will be compensated by the government. This issue is foreign to the appeal at bar.

suis-je exposé à une action en responsabilité? Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable. On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire. Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

Avec égards, je suis d'avis que *Sirros* n'appuie pas la proposition de la Cour d'appel à l'effet que l'immunité ne serait pas absolue. L'évolution marquée par *Sirros* me paraît être plutôt la proposition formulée par lord Denning, avec l'accord du lord juge Ormrod, à l'effet de conférer aux juges des tribunaux dits inférieurs la même immunité que celle accordée aux juges de la Cour supérieure. On trouve cette proposition au début du passage précité:

À l'époque moderne j'opterais pour la formulation suivante: en principe, les juges des cours supérieures n'ont pas plus de prétention à l'immunité que les juges des cours d'instance inférieure. Tous les juges des cours du pays, de l'instance la plus haute à la plus inférieure, devraient jouir des mêmes privilèges et être soumis aux mêmes responsabilités.

Dans un arrêt postérieur à celui de la Cour d'appel en l'espèce, *McC v. Mullan*, précité, la Chambre des lords a cependant rejeté cette proposition évolutive de lord Denning à cause des dispositions législatives particulières applicables en Irlande du Nord et de celles applicables en Angleterre qui rendent responsable en dommages un juge de paix ou un magistrat qui agit sans compétence ou qui excède sa compétence. Ces mêmes dispositions prévoient par contre l'indemnisation par l'État d'un juge de paix ou d'un magistrat condamné à payer des dommages en pareilles circonstances. Ce débat est étranger au présent pourvoi.

The position of Lord Denning on the extent of the immunity of superior court judges does not seem to me to differ from that of the House of Lords.

The interpretation of the Court of Appeal appears to be based on the reservation made by Lord Denning, in particular at the very end of the passage cited above, where he writes:

Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it.

Lord Bridge of Harwich, on the other hand, writes in *McC v. Mullan*, *supra*, at p. 916:

It is, of course, clear that the holder of any judicial office who acts in bad faith, doing what he knows he has no power to do, is liable in damages. If the Lord Chief Justice himself, on the acquittal of a defendant charged before him with a criminal offence, were to say, "That is a perverse verdict," and thereupon proceed to pass a sentence of imprisonment, he could be sued for trespass. But, as Lord Esher MR said in *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668 at 670:

"... the question arises whether there can be an action against a judge of a Court of Record for doing something within his jurisdiction, but doing it maliciously and contrary to good faith. By the common law of England it is the law that no such action will lie."

The principle underlying this rule is clear. If one judge in a thousand acts dishonestly within his jurisdiction to the detriment of a party before him, it is less harmful to the health of society to leave that party without a remedy than that nine hundred and ninety-nine honest judges should be harassed by vexatious litigation alleging malice in the exercise of their proper jurisdiction.

Like Lord Denning, Lord Bridge of Harwich also makes a qualification when he writes at the beginning of the passage cited that a judge, even the Lord Chief Justice, who after a verdict of acquittal by a jury decided to pass a sentence of imprisonment would be liable to a civil action.

However, this is the only way in which the immunity is limited by these judges. Lord Bridge of Harwich makes the necessary distinctions, be-

Sur l'étendue de l'immunité des juges des cours supérieures cependant, la position de lord Denning ne me paraît pas différer de celle de la Chambre des lords.

^a Ce qui me paraît être à la source de l'interprétation de la Cour d'appel est la réserve faite par lord Denning, notamment à la toute fin du passage précité où il écrit:

^b Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir.

Pour sa part, lord Bridge of Harwich écrit dans *McC v. Mullan*, précité, à la p. 916:

^c [TRADUCTION] Il est bien sûr manifeste que le titulaire d'un office judiciaire qui agit de mauvaise foi, qui fait quelque chose qu'il sait ne pas avoir compétence de faire, est sujet à des poursuites en responsabilité. Si le ^d lord juge en chef lui-même, après l'acquiescement d'un prévenu accusé devant lui d'un acte criminel devait dire: «Le verdict est injustifié» et tout de suite condamner le prévenu à une sentence d'emprisonnement, il serait susceptible de poursuite pour atteinte à la personne. Mais, ^e comme le dit le maître des rôles lord Esher, dans l'arrêt *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 Q.B. 668, à la p. 670:

^f «... la question se pose de savoir s'il est possible de poursuivre un juge d'une cour d'archives qui a fait quelque chose qui relève de sa compétence, mais qui l'a fait de mauvaise foi et avec malveillance. En vertu de la *common law* d'Angleterre, il est de règle qu'il ne peut y avoir de poursuite.»

^g Le principe sur lequel cette règle repose est clair. Si un juge sur mille agit de façon malhonnête, mais dans les limites de sa compétence, au détriment d'une des parties comparissant devant lui, il est moins préjudiciable à la société de laisser cette partie sans recours que de permettre que neuf cent quatre-vingt-dix-neuf juges honnêtes soient harassés de poursuites vexatoires pour ^h mauvaise foi dans l'exercice de leur compétence.

Comme lord Denning, lord Bridge of Harwich fait donc lui aussi une réserve lorsqu'il écrit au début du passage cité qu'un juge, fût-il Juge en chef, qui à la suite d'un verdict d'acquiescement par un jury, s'aviserait de condamner le prévenu à l'emprisonnement, serait susceptible d'une poursuite civile.

^j Mais c'est dans ce sens seulement que se trouverait limitée l'immunité des juges. Voici comment, aux pp. 917 et 918, lord Bridge of Harwich fait les

Susan Nelles *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press and Anthony Warr *Respondents*

INDEXED AS: NELLES v. ONTARIO

File No.: 19598.

1988: February 29; 1989: August 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Crown — Immunity — Civil action — Malicious prosecution — Whether Crown, Attorney General and Crown Attorneys are immune from suit for malicious prosecution — Whether a ruling on the issue of prosecutorial immunity should be made on an appeal of a preliminary motion — Proceedings against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rule 126.

The appellant was charged with the murder of four infants and was discharged on all counts at the conclusion of the preliminary inquiry. She then brought an action against the Crown in right of Ontario, the Attorney General for Ontario, and several police officers, alleging that the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, counselled, aided and abetted the police in charging and prosecuting her and that the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. Before trial, the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice on the ground that the pleadings disclosed no reasonable cause of action and, in the alternative, for leave under Rule 124 to set down a point of law raised in the pleadings and to argue it on the return of the motion. The Supreme Court of Ontario allowed the motion and struck out the statement of claim. The Court of Appeal upheld the judgment. Both the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal

* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Susan Nelles *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario, John W. Ackroyd, James Crawford, Jack Press et Anthony Warr *Intimés*

RÉPERTORIÉ: NELLES c. ONTARIO

^b N° du greffe: 19598.

1988: 29 février; 1989: 14 août.

^c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

^d *Couronne — Immunité — Action civile — Poursuites abusives — La Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient-ils d'une immunité contre les actions pour poursuites abusives? — Convient-il de statuer sur la question de l'immunité du poursuivant dans le cadre d'un appel relatif à une requête préliminaire? — Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 5(6) — Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règle 126.*

^f L'appelante, accusée du meurtre de quatre enfants en bas âge, a été acquittée relativement à chacun des chefs d'accusation à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle a alors intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que ^g plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations et d'engager des poursuites contre elle et l'avaient aidée et encouragée à le faire, et que le procureur général et les ^h procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance. Il y a eu par la suite désistement de l'action contre les policiers et les procureurs de la Couronne n'ont pas été désignés défendeurs. Avant le procès, les intimés ont demandé par requête, en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario, le rejet de l'action au motif que ⁱ les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en vertu de la règle 124, la tenue d'une audience afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. La Cour suprême

* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

seemed to have acted under Rule 126. This appeal is to determine whether the Crown, the Attorney General and the Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from a suit for malicious prosecution.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be dismissed as against the Crown. The appeal should be allowed as against the Attorney General and the matter returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution. Section 5(6) of the Ontario *Proceedings Against the Crown Act* exempts the Crown from any proceedings in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process. The decision to prosecute is a judicial decision vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys. The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant came within s. 5(6) of the Act and the Crown is thus immune from liability to the appellant.

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: There is no need for a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity. This issue, disposed of in the courts below upon a pre-trial motion under Rule 124 or Rule 126 of the Ontario Rules of Practice, should be addressed by this Court. The issue has been given careful consideration in the Court of Appeal and in argument before this Court. To send the matter back for trial without resolving the issue would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case. The rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case.

The Attorney General and Crown Attorneys are not immune from suits for malicious prosecution. A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. In the interests of public policy, an absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified. An absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the

de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, décision qui a été confirmée par la Cour d'appel. La Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario semblent s'être fondées sur la règle 126. Le pourvoi vise à déterminer si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre une action pour poursuites abusives.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie): Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la Couronne. Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le procureur général et l'affaire est renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour instruction de la réclamation présentée contre le procureur général.

La Couronne jouit d'une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Le paragraphe 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne* de l'Ontario met la Couronne à l'abri de procédures pour l'action ou l'omission d'une personne qui s'acquitte ou prétend s'acquitter d'une charge de nature judiciaire ou de responsabilités relatives à l'exécution d'actes de procédure judiciaire. La décision d'engager des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom. La décision des procureurs de la Couronne et du procureur général de poursuivre l'appelante relevait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficie d'une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appelante.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Il n'est pas nécessaire d'avoir une instruction pour statuer sur la question de l'immunité du poursuivant. La Cour doit traiter de cette question que les juridictions inférieures ont tranchée sur requête préliminaire en se fondant sur la règle 124 ou la règle 126 des *Rules of Practice* de l'Ontario. La question a été examinée soigneusement en Cour d'appel et au cours des débats devant notre Cour. Renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût. Les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige.

Le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Il ressort de l'examen de la jurisprudence sur la question de l'immunité du poursuivant qu'il s'agit en définitive d'une question d'intérêt public. Une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent n'est pas justifiée par l'intérêt public. L'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, peut rendre impossible un recours fondé sur la *Charte canadienne des droits et*

individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. While the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit, these considerations must give way to the right of a private citizen to seek a remedy when the prosecutor acts maliciously in fraud of his duties with the result that he causes damage to the victim. The tort of malicious prosecution requires not only proof of an absence of reasonable and probable cause for commencing the proceedings but also proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. The inherent difficulty in proving a case of malicious prosecution combined with the mechanisms available within the system of civil procedure to weed out meritless claims is sufficient to ensure that the Attorney General and Crown Attorneys will not be hindered in the proper execution of their important public duties. Finally, attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful.

Per La Forest J.: The common law position as set out by Lamer J. is accepted. The *Charter* implications need not be considered.

Per McIntyre J.: The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is far from clear and a ruling on a point of this importance should not be made on an appeal of a preliminary motion. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there should be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to provide—in the event that it is decided that the immunity is not absolute—a factual basis for a determination of whether or not in this case the conduct of the prosecution was such that the appellant is entitled to a remedy.

Furthermore, the Attorney General's immunity from judicial review, which is based on the exercise of a judicial function, does not equate with immunity from civil suit for damages for wrongful conduct in the performance of prosecutorial functions which do not involve the exercise of a judicial function. Indeed, most of the functions and acts performed by Crown Attorneys as agents of the Attorney General would fall into this category and, accordingly, the immunity may not extend

libertés. L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. Quoique les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue aient une certaine légitimité, ces considérations doivent céder le pas au droit d'un particulier de chercher à obtenir une réparation quand il subit un préjudice du fait que le poursuivant a agi avec malveillance dans l'exercice abusif de ses fonctions. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, on doit prouver non seulement l'absence de motif raisonnable et probable d'engager les poursuites, mais aussi l'existence d'un but ou motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et de ses représentants, les procureurs de la Couronne. La difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes existant dans le système de procédure civile qui permettent d'écarter les actions non fondées suffisent pour que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne soient pas entravés dans l'exécution efficace de leurs importantes charges publiques. Finalement, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué.

Le juge La Forest: Les motifs du juge Lamer en ce qui concerne la *common law* sont adoptés. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet de la *Charte*.

Le juge McIntyre: L'état du droit à l'égard de l'immunité conférée au procureur général est loin d'être clair, et on ne devrait pas statuer sur une question aussi importante dans le cadre d'un appel d'une exception préliminaire. Avant d'énoncer en principe que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité absolue contre les actions civiles, il doit y avoir un procès pour trancher la question de l'immunité du poursuivant et, s'il est décidé que l'immunité n'est pas absolue, pour fournir le fondement factuel permettant de déterminer si, en l'espèce, la poursuite a été menée de façon telle que l'appelante est en droit d'obtenir réparation.

De plus, l'immunité du procureur général à l'égard du contrôle judiciaire, fondée sur l'exercice d'une fonction judiciaire, n'équivaut pas à une immunité de responsabilité civile pour les dommages résultant d'un acte fautif commis dans l'accomplissement de fonctions de poursuivant ne comportant pas l'exercice d'une fonction judiciaire. En fait, la plupart des fonctions et des actes qu'exécutent les procureurs de la Couronne à titre de mandataires du procureur général relèveraient de cette

to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted, that is carried out with malice. A ruling on a preliminary motion to the effect that Attorneys General and their agents are absolutely immune from all liability for suits for malicious prosecution may be too expansive and even ill-founded.

This case, therefore, should not have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice. Under that rule, it is only in the clearest of cases that an action should be struck out. This is not such a case.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part): Appellant's action is completely dependent upon whether or not Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit and, as such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. While, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion, this rule does not apply where the defence offered at the outset is one of law only—namely, that the right of action is barred independently of the facts alleged. There is every advantage, in terms of saving the time and cost of a trial, to decide a question of law at the outset. This, in fact, is the very reason for the existence of Rule 126 of the Ontario Rules of Practice.

Adopting the reasons of the Ontario Court of Appeal, the Attorneys General and Crown Attorneys enjoy an absolute immunity from civil suit when they are acting within the bounds of their authority. The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office but rather to advance the greater public good. The Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them and their freedom of action is vital to the effective functioning of our criminal justice system.

Cases Cited

By Lamer J.

Considered: *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); referred to: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.

catégorie et, en conséquence, il est possible que l'immunité ne s'étende pas aux demandes de dommages-intérêts résultant d'une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été engagée. Une décision rendue sur une exception préliminaire et portant que les procureurs généraux et leurs mandataires sont à l'abri de toute responsabilité en matière de poursuites abusives pourrait donc être trop large et peut-être même mal fondée.

Par conséquent, la présente affaire n'aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario. Ce n'est que dans les cas les plus évidents que des actions sont radiées en application de cette règle. Or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie): Le sort de l'action de l'appelante dépend entièrement de la réponse à la question de savoir si les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre les poursuites civiles. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. Quoique, d'une manière générale, d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes interlocutoires, cette règle ne s'applique pas dans les cas où la défense est fondée uniquement sur un point de droit, savoir que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués. Il y a tout avantage, en termes de temps et de coût, de trancher une question de droit *in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario.

Les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario sont adoptés; les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre les poursuites civiles quand ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. L'immunité absolue a pour but non pas de protéger l'individu qui détient la charge en question, mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant à l'opportunité de poursuivre dans des affaires qui leur sont soumises, et leur liberté d'action est vitale pour assurer le fonctionnement efficace de notre système de justice criminelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt examiné: *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); arrêts mentionnés: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 87; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T.

93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), cert. denied, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

By McIntyre J.

Referred to: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), aff'd (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11, 24(1).
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 122, 139(2), (3), 465(1)(b), 504, 579(1) [rep. & subs. c. 27 (1st Supp.), s. 117], 737.
Crown Attorneys Act, R.S.O. 1980, c. 107.
Ministry of the Attorney General Act, R.S.O. 1980, c. 271.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, ss. 2(2)(d), 5(2) to (6).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rules 1.04(1), 20, 21.01.

93; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (1980); *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (1980), cert. refusé, 450 U.S. 913 (1981); *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (1981); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370; *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429.

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96; *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559; *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1899] 1 Q.B. 909; *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), conf. (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270; *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 87; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935; *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27; *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n° 490/74, 1^{er} novembre 1974.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

Roncarelli v. Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (1949); *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 122, 139(2), (3), 465(1)(b), 504, 579(1) [abr. & rempl. chap. 27 (1^{er} supp.), art. 117], 737.
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 94.
Loi sur le ministère du Procureur général, L.R.O. 1980, chap. 271.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 393, art. 2(2)(d), 5(2) à (6).
Loi sur les procureurs de la Couronne, L.R.O. 1980, chap. 107.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règles 1.04(1), 20, 21.01.

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, Rules 124, 126.

Authors Cited

- Béliveau, Pierre and Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
- Edwards, John L.I. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Filosa, John C. "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Luppino, Anthony J. "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.
- Manning, Morris. "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.
- Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.
- Pilkington, Marilyn L. "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, affirming an order of Fitzpatrick J. granting respondents' application to strike out appellant's statement of claim and dismissing her action. Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed as against the Attorney General, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

John Sopinka, Q.C., and David Brown, for the appellant.

T. C. Marshall, Q.C., and L. A. Hunter, for the respondents.

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

LAMER J.—I have read the reasons for judgment of my colleague McIntyre J. and I agree with his disposition of the appeal but I do so for somewhat different reasons. McIntyre J. in his reasons for judgment concludes that there must be a trial to permit a conclusion on the question of

Rules of Practice and Procedure, R.R.O. 1980, Reg. 540, règles 124, 126.

Doctrine citée

- Béliveau, Pierre et Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*, t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.
- Edwards, John L.I. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Filosa, John C. «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes», [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 5th ed. Sydney: Law Book Co., 1977.
- Luppino, Anthony J. «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487.
- Manning, Morris. «Abuse of Power by Crown Attorneys», [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571.
- Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173.
- Pilkington, Marilyn L. «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, 21 D.L.R. (4th) 103, 16 C.R.R. 320, 1 C.P.C. (2d) 113, qui a confirmé une ordonnance du juge Fitzpatrick qui faisait droit à la requête des intimés en radiation de la déclaration de l'appelante et qui rejetait sa demande. Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli en ce qui concerne le procureur général, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie.

John Sopinka, c.r., et David Brown, pour l'appelante.

T. C. Marshall, c.r., et L. A. Hunter, pour les intimés.

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

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que lui, mais pour des motifs un peu différents. Le juge McIntyre conclut qu'il doit y avoir un procès pour qu'il soit possible de statuer sur la question de l'immu-

Olivier c. Canada (Procureur général)

2013 QCCA 70

COUR D'APPEL

CANADA
 PROVINCE DE QUÉBEC
 GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-018408-088
 (500-05-058936-004)

DATE : 21 JANVIER 2013

2013 QCCA 70 (CanLII)

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.
 RICHARD WAGNER, J.C.A.
 CLAUDE C. GAGNON, J.C.A. (AD HOC)**

ALAIN OLIVIER
 APPELANT - Demandeur
 c.

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
 BARRY RUBEN BENNETT
 JACK DOP
 JIM GIRDLESTONE
 THE ESTATE OF THE LATE RAY PEACH
 NEIL POULIOT
 KEN KELLY
 FRANK PALMER
 THE ESTATE OF THE LATE DENIS MASSEY**
 INTIMÉS – Défendeurs
 et
JEAN-MARIE LEBLANC (a.k.a. Glen Barry)
 INTIMÉ – Défendeur

ARRÊT

500-09-018408-088

PAGE : 2

[1] L'appelant se pourvoit contre un jugement rendu le 8 janvier 2008 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Michel A. Caron), rejetant l'action du demandeur avec dépens.

[2] Pour les motifs des juges Wagner et Pelletier, auxquels souscrit le juge Claude C. Gagnon (*ad hoc*), **LA COUR :**

[3] **REJETTE** l'appel avec dépens.

FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.

RICHARD WAGNER, J.C.A.

CLAUDE C. GAGNON, J.C.A. (AD HOC)

Me François Audet
AUDET F.G. & ASSOCIÉS

Me Reevin Pearl
PEARL & ASSOCIÉS
Pour l'appelant

Me David Lucas
Me Marie Marmet
JOYAL LeBLANC (Justice Canada)
Pour les intimés

Dates d'audience : 27 septembre 2011 et 6 février 2012

mais bien d'une balle de revolver. Le rapport d'autopsie du 21 février 1989 confirme cependant qu'il n'y a pas eu de blessure par balle.

[64] Les Thaïlandais qui ont participé à la transaction ainsi qu'OLMIER sont arrêtés et vu la quantité d'héroïne, OLMIER doit faire face à des accusations très sérieuses en Thaïlande, la preuve révélant que sa condamnation à l'emprisonnement à vie fait suite à des aveux ayant permis d'éviter une condamnation à la peine de mort.

[65] Après huit ans en prison, OLMIER est autorisé par le gouvernement thaïlandais à retourner au Canada pour continuer à purger sa peine, ce qu'il fait présentement, étant en libération conditionnelle jusqu'en 2029.

[66] Le Tribunal précise dès lors que les versions sont nettement contradictoires. D'une part, OLMIER relate les faits en expliquant à de nombreuses reprises que, durant toute cette période entre juillet 1987 et février 1989, il était constamment terrorisé et manipulé, ayant l'impression qu'en n'acceptant pas de suivre les volontés de ses interlocuteurs, il serait tué. D'autre part, les policiers sont catégoriques et soumettent qu'OLMIER a toujours collaboré, réitérant à plusieurs reprises son intérêt à les mettre en contact avec une source en Thaïlande.

(renvois omis)

JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[40] Le juge n'était saisi que de la question de la responsabilité, à l'exclusion de l'évaluation du préjudice, puisque le dossier a fait l'objet d'une scission d'instance.

[41] Au terme d'une audition de 47 jours, suivie d'un délibéré, il conclut ainsi :

- 1) Le recours de l'appelant introduit en juillet 2000 est prescrit;
- 2) Les corps policiers impliqués dans l'enquête et l'arrestation de l'appelant n'ont pas commis de faute génératrice de responsabilité dans le cadre de leur enquête.

[42] Il rejette l'action, avec dépens.

MOYENS D'APPEL

[43] L'appelant formule plusieurs moyens d'appel qui, à bien des égards, sont tributaires des deux questions principales suivantes:

- 1) Le recours est-il prescrit?

2) La GRC a-t-elle commis une faute génératrice de responsabilité?

LA PRESCRIPTION

[44] La preuve révèle que l'appelant a été arrêté en Thaïlande le 19 février 1989 alors que son action en justice est introduite le 7 juillet 2000. Tenant pour acquis que la prescription de trois ans s'applique à ce recours, il eut fallu qu'il prenne action le ou avant le 19 février 1992.

[45] D'entrée de jeu, l'appelant avance que son recours n'est pas prescrit puisqu'il est fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il invoque l'arrêt *Prete v. Ontario*³, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario conclut qu'un délai de prescription prévu par la législation provinciale n'était pas applicable à un recours entrepris en vertu de la *Charte*.

[46] Cette affaire portait sur le recours en dommages introduit par un individu acquitté d'accusations de meurtre au premier degré, qui plaidait essentiellement que les actes du procureur général de la province, des procureurs de la Couronne et de certains officiers de police étaient abusifs, malicieux et sans fondement. Le juge de première instance a rejeté le recours, qu'il a jugé prescrit en raison de la disposition législative suivante:

11(1) No action, prosecution or other proceeding lies or shall be instituted against any person for an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority, or in respect of any alleged neglect or default in the execution of any such duty or authority, unless it is commenced within six months next after the cause of action arose, or, in case of continuance of injury or damage, within six months after the ceasing thereof.⁴

[47] La Cour d'appel d'Ontario souligne que l'objet de la *Charte*, soit de contrôler les excès des autorités gouvernementales, serait bien mal servi si l'on devait permettre à ce même gouvernement de limiter sa responsabilité en décidant à partir de quel moment il en était libéré et en quelque sorte immunisé d'un recours fondé sur la *Charte*. Il conclut à l'inapplicabilité du court délai de prescription prévu par la loi ontarienne⁵.

[48] Toutefois, l'arrêt *Prete* a été distingué à plusieurs reprises par les tribunaux canadiens comme étant fonction des particularités de la législation en cause. En effet, il ne s'agissait pas d'un délai général de prescription, mais d'une disposition conférant un traitement préférentiel à l'État en imposant un délai de prescription excessivement court pour les recours dirigés contre lui ou ses représentants.

³ (1993) 16 O.R. (3d) 161 (C.A. Ont.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, [1994] 1 S.C.R. xx.

⁴ *Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 406, remplacé par R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).

⁵ La Cour souligne néanmoins que les principes qui justifient les délais de prescription sont aussi bien servis par la doctrine de « lâches » de common law. Il s'agit d'une défense en équité, qui permet d'obtenir le rejet de l'action en raison du délai déraisonnable du demandeur pour l'intenter, qui cause préjudice au défendeur.

[49] La jurisprudence sur ce moyen ne suscite pas de controverse. L'arrêt *Prete* ne doit pas être interprété comme consacrant un principe général d'imprescriptibilité de tout recours fondé sur la *Charte*. À titre d'exemple, la Cour d'appel de l'Alberta dans *Garry v. Canada*⁶ souligne :

21 Despite Rick Garry's argument, no authority has been shown to say that general limitation periods do not apply to *Charter* claims. He cites *Prete v. R.*, but it was about interpreting the short limitation period for suing the Crown and public authorities in Ontario. Alberta has no equivalent legislation; the Crown gets no special treatment here. That case is not about general limitation statutes.

(renvois omis, nous soulignons)

[50] De plus, la Cour suprême a décidé dans l'arrêt *Ravndahl*⁷ que les courts délais de prescription prévus dans les lois provinciales devaient s'appliquer aux recours en réparation fondés sur des allégations de violation de droits garantis par la Charte. La règle générale demeure donc que tous les recours en dommages sont sujets au délai général de prescription, et ce, même s'ils sont fondés sur la *Charte*⁸.

[51] Pour cette raison, l'argument est voué à l'échec.

[52] Ensuite, et c'est là son argument le plus sérieux, l'appelant soutient qu'il était dans l'impossibilité d'agir jusqu'à son retour au Canada le 11 juillet 1997.

[53] Il vaut de rappeler qu'il revient à l'appelant de démontrer que le juge a commis une erreur déterminante en cette matière.

[54] L'art. 2904 C.c.Q. est ainsi rédigé :

2904. La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

[55] Après une révision des faits pertinents et notamment des conditions d'incarcération de l'appelant, le juge conçoit que ce dernier était dans l'impossibilité d'agir jusqu'en 1993 mais conclut que, après cette date, il avait retrouvé tous ses

⁶ *Garry v. Canada*, (2007), 429 A.R. 292, 2007 ABCA 234, paragr. 21. Voir aussi *Bush v. Vancouver (City)*, (2006), 272 D.L.R. (4th) 281, 2006 BCSC 1207, paragr. 54; *Mazumder v. Ontario*, (2000) 80 C.R.R. (2d) 174, paragr. 4 (C.S. Ont.); *Pearson c. Canada*, (2006), 297 F.T.R. 121, 2006 CF 931, paragr. 57; *Alexis v. Toronto Police Service Board*, (2009) 259 O.A.C. 148, 2009 ONCA 847, paragr. 15-16, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 2010-04-29, 33560.

⁷ *Ravndahl c. Saskatchewan*, [2009] 1 R.C.S. 181, 2009 CSC 7, paragr. 16-17. Voir aussi *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1, paragr. 59-60.

⁸ Voir notamment *Baltrusaitis v. Ontario*, 2011 ONSC 532, paragr. 52; *J.P. v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 5327, paragr. 16; *Grovor v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONSC 4025, paragr. 5.

moyens et l'état d'esprit nécessaire pour entreprendre des procédures judiciaires. Le recours intenté en 2000 est donc prescrit.

[56] Le juge constate que même si l'appelant demeure emprisonné en Thaïlande, ses conditions d'incarcération s'améliorent au fil des ans et il démontre son intérêt à entreprendre des procédures judiciaires en consultant des avocats et en contactant des tiers, tels que des journalistes et certains représentants du gouvernement canadien.

[57] Le juge souligne d'ailleurs que l'appelant a formulé trois plaintes de nature disciplinaire entre 1994 et 1995 auprès de la Commission des plaintes du public de la GRC. Il ajoute :

[211] Le fait d'être incarcéré ne suffit pas en soi pour suspendre l'écoulement de la prescription.

[212] En 1989, la prescription était d'un an et avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994, le délai de prescription a été fixé à trois ans.

[213] Le Tribunal conclut que les conditions exceptionnelles vécues par OLMIER au début de son incarcération peuvent être considérées comme un cas extrême et qu'il y avait alors impossibilité d'agir pour OLMIER. Cependant, le changement des conditions de détention après le rejet de l'appel sur la sentence ainsi que les faits, gestes et écrits d'OLMIER à partir de 1993 ne permettent pas de conclure qu'il y avait alors une impossibilité d'agir au sens de l'article 2232 C.c.B.C. :

Art. 2232. La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par ce code, ou dans l'impossibilité absolue en droit ou en fait d'agir par elles-mêmes ou en se faisant représenter par d'autres. □...□.

ni en 1994 au sens de l'article 2904 C.c.Q. :

Art. 2904. La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

[214] Même si le Tribunal conclut à une impossibilité d'agir jusqu'en 1993, force est de constater que l'action intentée en juillet 2000 est prescrite.

[58] Il réfère ensuite aux propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Gauthier c. Beaumont*⁹ :

⁹ [1998] 2 R.C.S. 3.

Benoît Proulx *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent***INDEXED AS: PROULX v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)****Neutral Citation: 2001 SCC 66.**

File N°.: 27235.

2000: December 11; 2001: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Malicious prosecution — Regime of immunity and extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to Attorney General of Quebec and prosecutors — Whether Nelles applies integrally in Quebec — Whether facts alleged against Attorney General and prosecutor meet test set out in Nelles.

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend as there was no reliable identification evidence. The prosecution file was closed. Some five years later, in the midst of a sensational defamation claim launched by the appellant against a radio station and a retired police investigator who had worked on the file, the prosecutor was advised by the defamation case defendants of a potential new identification witness. The prosecutor added the defendant police investigator to the prosecution team, re-opened the file, and decided to prosecute the appellant on a first degree murder charge. At trial, the jury found the appellant guilty. On appeal, the Court of Appeal overturned the conviction with strong criticism of the lack of credible evidence. Following his acquittal, the appellant brought an action for damages for malicious prosecution against the Attorney General of Quebec. The Superior Court found the Attorney General liable and entered judgment against the Attorney General for over a million dollars in damages. A majority of the Court of Appeal allowed the Attorney General's appeal and dismissed the action. The question in front of this Court is whether this is one of the

Benoît Proulx *Appellant*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé***RÉPERTORIÉ : PROULX c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)****Référence neutre : 2001 CSC 66.**

N° du greffe : 27235.

2000 : 11 décembre; 2001 : 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Poursuites criminelles abusives — Régime d'immunité de responsabilité civile extra-contractuelle applicable en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substituts — L'arrêt Nelles s'applique-t-il intégralement au Québec? — Les faits reprochés au procureur général et à son substitut rencontrent-ils les critères de l'arrêt Nelles?

En 1986, le substitut du procureur général détermine qu'il n'y a pas suffisamment de motifs pour accuser l'appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, car il n'existe aucune preuve d'identification fiable. Il clôt le dossier de la poursuite. Environ cinq ans plus tard, à l'occasion d'allégations à sensation concernant une action en libelle diffamatoire intentée par l'appelant contre une station de radio et un enquêteur de police à la retraite qui a travaillé au dossier, les défendeurs dans l'action en libelle diffamatoire informent le substitut de l'existence d'un nouveau témoin qui pourrait fournir la preuve d'identification. Le substitut ajoute l'enquêteur de police défendeur à l'équipe de la poursuite, rouvre le dossier et décide de poursuivre l'appelant pour meurtre au premier degré. En première instance, le jury déclare l'appelant coupable. En appel, la Cour d'appel infirme la déclaration de culpabilité en critiquant sévèrement l'absence de preuve crédible. À la suite de son acquittement, l'appelant intente une action en dommages et intérêts pour poursuites criminelles abusives contre le procureur général du Québec. La Cour supérieure retient la responsabilité du procureur général et le condamne à payer plus d'un million de dollars en dommages et intérêts. La majorité de la Cour d'appel accueille l'appel du procureur général et rejette

exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions and courts should be very slow to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. The Department of the Attorney General and its prosecutors, however, are not above the law and this is one of the exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted. *Nelles* sets out four requirements that must be established on a balance of probabilities in an action in damages based on prosecutorial misconduct and those requirements are satisfied here. The record reveals that: (1) the respondent initiated the prosecution; (2) the prosecution resulted in the appellant's acquittal; (3) the Crown prosecutor did not have reasonable and probable cause upon which to found the charges brought against the appellant; and (4) the prosecution was motivated by an improper purpose.

Clearly a prosecutor need not be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person's guilt before bringing charges, but there must be sufficient evidence to ground a reasonable belief that a conviction could properly be obtained. In this case, it must have been clear to the prosecutor in 1991, when he authorized the charge of first degree murder, that the evidence could not properly have resulted in a conviction. In particular, the eyewitness identification of the appellant, which was the primary basis for reopening the investigation and prosecuting him, was flagrantly inadequate and the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim's father was likely inadmissible evidence. Even if admissible, that conversation lacked probative value. The charges brought against the appellant were grounded in mere suspicion and hypotheses and were not based on reasonable and probable cause. This, by itself, is not sufficient to ground the appellant's lawsuit.

l'action. La question dont la Cour est saisie consiste à déterminer s'il s'agit en l'espèce de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant.

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

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Binnie : Les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions et les tribunaux doivent se montrer très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. Le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont toutefois pas au-dessus de la loi et il s'agit de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* énonce quatre conditions à établir selon la prépondérance des probabilités dans une action en dommages et intérêts fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant et ces conditions sont remplies en l'espèce. Le dossier révèle que : (1) l'intimé a engagé la poursuite; (2) la poursuite a mené à l'acquittement de l'appelant; (3) le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable sur lequel fonder les accusations portées contre l'appelant; et (4) la poursuite était motivée par un but illégitime.

Il est clair que le poursuivant ne doit pas être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé avant de porter des accusations contre lui, mais il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour qu'il soit raisonnable de croire qu'une déclaration de culpabilité pourrait être obtenue régulièrement. En l'espèce, lorsqu'il a autorisé l'inculpation de l'appelant pour meurtre au premier degré en 1991, le substitut du procureur général aurait manifestement dû savoir que la preuve n'aurait pas pu entraîner régulièrement une déclaration de culpabilité. En particulier, l'identification de l'appelant par témoin oculaire, qui était le motif principal pour rouvrir l'enquête et poursuivre l'appelant, était manifestement inadéquate et l'enregistrement clandestin de la conversation entre l'appelant et le père de la victime était vraisemblablement inadmissible en preuve. Même si cette conversation avait été admissible, elle n'avait aucune valeur probante. Les accusations portées contre l'appelant s'appuyaient sur de simples soupçons et hypothèses et n'étaient pas fondées sur des motifs raisonnables et probables. Cela ne suffit pas en soi à fonder la poursuite engagée par l'appelant.

A suit for malicious prosecution requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. In the civil law of Quebec, this is captured by the notion of "intentional fault". The key to a malicious prosecution is malice, but the concept of malice in this context includes prosecutorial conduct that is fuelled by an "improper purpose". Here, the improper purpose arose because of the mixing of a private interest (defence of the defamation suit) and a public interest (the prosecution). The trial judge so found and there was no valid basis for the Court of Appeal to interfere with this finding.

The prosecutor's decision to recruit the retired police investigator to assist in the resurrected prosecution file, notwithstanding his status as a defendant in the appellant's well-publicized million dollar defamation suit, is further evidence of malice in the sense of the prosecutor's apparent indifference to the improper mixing of public and private business.

The prosecutor lent his office to support a defence strategy in the defamation suit and, in so doing, was compromised by the retired police investigator's apparent manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the re-opened investigation. There was a flagrant disregard for the rights of the appellant, fuelled by motives that were clearly improper. While *Nelles* established a generous boundary within which prosecutors acting in good faith have immunity despite bad decisions, the mixed motives of the prosecutor in this case carried him across that boundary and amounted to malice.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): In Quebec, the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of prosecutors for malicious prosecution is part of the public law. The public law of Quebec on this point is governed by the public common law. The principles laid down in *Nelles* are part of the public law of Quebec and those principles state that the Attorney General and prosecutors enjoy, not absolute immunity in respect of the tort of malicious prosecution, but relative immunity. *Nelles* applies integrally in Quebec and, consequently, there is no need to apply the notions of fault in Quebec's private law in order to decide that liability; rather, the public law test stated in *Nelles* should be applied. The necessary threshold for lifting the immunity of prosecutors is high. In this case, the facts alleged against the Attorney General and

Une action pour poursuites abusives exige des éléments de preuve révélant un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. En droit civil québécois, un tel comportement est inclus dans la notion de « faute intentionnelle ». L'élément clé de la poursuite abusive est la malveillance, mais la notion de malveillance dans ce contexte inclut la conduite du poursuivant qui est motivée par un « but illégitime ». En l'espèce, le but illégitime découle du mélange entre une affaire d'intérêt privé (la défense à une action en libelle diffamatoire) et une affaire d'intérêt public (la poursuite). C'est la conclusion qu'a tirée le juge de première instance et la Cour d'appel n'avait aucun motif valable pour la modifier.

La décision de faire appel aux services du policier à la retraite dans le dossier rouvert par la poursuite, malgré sa qualité de défendeur dans l'action en libelle diffamatoire très médiatisée dans laquelle l'appellant réclamait un million de dollars, constitue un élément de preuve supplémentaire de malveillance, en ce sens que le substitut du procureur général ne s'est apparemment pas soucié de mélanger irrégulièrement une affaire d'intérêt public avec une affaire d'intérêt privé.

Le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi compromis par la façon dont le policier à la retraite a apparemment manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête après sa réouverture. Il y a eu mépris flagrant des droits de l'appelant, alimenté par des motifs totalement irréguliers. Bien que l'arrêt *Nelles* ait établi un cadre large à l'intérieur duquel les poursuivants agissant de bonne foi jouissent d'une immunité malgré de mauvaises décisions, les motifs ambigus du substitut l'ont fait sortir de ce cadre et constituent de la malveillance.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Au Québec, la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en matière de poursuites criminelles abusives relève du droit public. Le droit public du Québec à cet égard est régi par la common law de droit public. Les principes énoncés dans l'arrêt *Nelles* font donc partie du droit public québécois et ces principes indiquent que le procureur général et ses substituts jouissent non pas d'une immunité absolue à l'égard du délit civil de poursuites criminelles abusives mais d'une immunité relative. L'arrêt *Nelles* s'applique intégralement au Québec et, en conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer les notions de fautes du droit civil privé du Québec pour décider de cette responsabilité; il y a plutôt lieu de s'en tenir aux critères de droit public énoncés dans l'arrêt *Nelles*. Le seuil

the prosecutor do not meet the last two criteria in *Nelles*. The evidence in the record establishes that at the time the prosecution was initiated the prosecutor could reasonably have believed that he had reasonable and probable grounds to charge the appellant and that he did not act with malice.

The role of the Attorney General is not that of the judge, nor to be objectively satisfied, beyond a reasonable doubt, of the guilt of an accused, or even to ensure, in that respect, that the evidence he or she has will necessarily be sufficient to guarantee a guilty verdict. In subjective terms, he or she must believe in good faith in the guilt of the accused, and that certainty must be based on reasonable and probable grounds. From the record, it is apparent that the prosecutor had a sincere belief in the appellant's guilt. On the question of the objective analysis of the reasonableness of that belief, it must be determined whether a prudent and cautious person would have believed that the appellant was probably guilty of the crime. In applying that test, one must have regard to the circumstances of the case. In this case, the charge was laid on the basis of entirely circumstantial evidence. Even though none of the facts disclosed by the investigation at that time, taken in isolation, was sufficient to establish the guilt of the accused, that evidence, when added up and taken in its entirety, could reasonably have justified a finding of guilt.

In particular, at the time the criminal charge was laid, the prosecutor had reason to believe that the conversation between the victim's father and the appellant was admissible. The Court of Appeal acknowledged that, when the trial judge made his decision to admit the conversation, there were particular circumstances that justified the conclusion he had reached. In this particular context, we cannot require more of the prosecutor, at the time he laid the charge, than was required of the trial judge at the time his decision was made. On the question of the identification of the appellant, this was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based. The new witness was not an eyewitness to the murder, and his testimony was not intended to identify a murderer, but rather simply to add an additional element to the body of evidence that was already available to the prosecutor. In addition, the rules set out in the case law regarding identification are very flexible. Even an "irregular" identification can be legally admissible in evidence. The prosecutor therefore acted in conformity with the state of the law regarding identification. Regardless of its probative value, the identification in this instance

requis permettant de lever l'immunité des procureurs de la Couronne est élevé. Dans la présente affaire, les faits reprochés au procureur général et à son substitut ne satisfont pas aux deux derniers critères de l'arrêt *Nelles*. La preuve au dossier établit qu'à l'époque du dépôt de la poursuite le substitut pouvait raisonnablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant et qu'il n'a pas agi avec une intention malveillante.

Le rôle du procureur général n'est pas de se substituer au juge et d'être objectivement convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'un accusé ni même de s'assurer, à cet égard, que la preuve qu'il détient suffira nécessairement à garantir un verdict de culpabilité. Sur le plan subjectif, il doit croire de bonne foi en la culpabilité de l'accusé; cette certitude doit être basée sur des motifs raisonnables et probables. La lecture du dossier révèle une croyance sincère de la part du substitut en la culpabilité de l'appellant. Quant à l'analyse objective du caractère raisonnable de cette croyance, il faut déterminer si une personne prudente et diligente en viendrait à croire, de façon probable, l'appellant coupable du crime. Dans l'application d'un tel critère, on doit tenir compte des circonstances propres à l'affaire. En l'espèce, l'accusation a été déposée sur la base d'une preuve entièrement circonstancielle. Même si chacun des faits que révélait l'enquête à cette époque, pris isolément, ne permettait pas de conclure nécessairement à la culpabilité d'un accusé, ces éléments, ajoutés les uns aux autres et pris dans leur ensemble, pouvaient raisonnablement justifier qu'un accusé soit déclaré coupable.

En particulier, lors du dépôt de l'accusation criminelle, le substitut avait raison de croire que la preuve de la conversation entre le père de la victime et l'appellant était admissible. La Cour d'appel a reconnu que, au moment où le juge du procès a rendu sa décision d'admettre la conversation en preuve, il existait des circonstances particulières qui le justifiaient d'arriver à cette conclusion. Dans ce contexte particulier, on ne saurait exiger du substitut à l'époque où il a déposé la dénonciation, plus qu'on a exigé du juge du procès à l'époque où cette décision a été rendue. En ce qui concerne l'identification de l'appellant, cet élément n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée. Le nouveau témoin n'était pas un témoin oculaire du meurtre et son témoignage n'avait pas pour but d'identifier un meurtrier mais simplement d'apporter un élément supplémentaire au faisceau de preuves dont disposait déjà le substitut. De plus, les règles jurisprudentielles en matière d'identification sont très souples. Même une identification « irrégulière » n'empêche pas qu'elle puisse être légalement admise en preuve. Le substitut a donc agi conformément à l'état du droit en

was not illegal. It was up to the jury to assess that identification evidence, and it was up to the judge to caution the jury regarding its probative value. Even if the identification related solely to the appellant's eyes and beard, the prosecutor is neither judge nor jury, and he had the right, and even the duty, to take that evidence to the justice system, provided that he himself believed that it was valid. There is nothing in the record to suggest that this was not the case and that he acted in bad faith.

In light of the evidence in the prosecutor's possession at the time he authorized the laying of the charge of first degree murder against the appellant, when it is examined in its context in light of the nature of the evidence and the law at the time, the prosecutor could plausibly have believed that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge the appellant. Other important elements suggest that there were sufficient grounds, such as the fact that the judge at the preliminary inquiry committed the appellant for trial. One must assume that the judge was cognizant of the state of the law. If he considered the evidence offered by the prosecutor to be sufficient to justify committal for trial, the prosecutor cannot be criticized for reaching the same conclusion. Moreover, the trial judge did not direct a verdict of acquittal and the appellant was found guilty by the jury at the end of his criminal trial.

To demonstrate malice, the appellant must show on a preponderance of evidence that there was an improper purpose and that the powers of the prosecutor were perverted to that end. This standard, which must be applied strictly, is a high and clear one, in that it calls for proof of the subjective intent of the prosecutor to act out of malice or with an improper purpose. In this case, the mere fact that he authorized the laying of a criminal charge which resulted in a verdict of acquittal cannot support the conclusion that there was malice on the part of the prosecutor. It would be contrary to the standard of conduct set out in *Nelles* and it would place an obligation on the prosecutor in respect of the result. A standard of that nature would amount to denying the prosecutor any immunity. The existence of reasonable and probable grounds for laying the charge rules out the possibility that the prosecutor was acting out of any "improper purpose" on this ground. The evidence in the record establishes that it was the appearance of a new witness that influenced the conduct of the prosecutor, and not the publicity surrounding the civil defamation action. The prosecutor had nothing to do with that action. It was only at the request of his superiors that he reopened the case. Nor can the prosecutor be criticized for the acts of an officer who was at that time retired from the police, when the prosecutor

matière d'identification. Quelle que soit sa valeur probante, l'identification n'était pas illégale en l'espèce. Il revenait au jury d'apprécier cette preuve d'identification et au juge de mettre le jury en garde quant à sa force probante. Même si l'identification ne portait que sur les yeux et la barbe de l'appelant, le substitut n'est ni juge ni jury et il avait le droit et même le devoir de porter cet élément de preuve devant la justice pourvu qu'il ait lui-même cru qu'il était valable. Rien au dossier ne laisse entendre que tel n'était pas le cas et qu'il agissait de mauvaise foi.

À la lumière des éléments de preuve que possédait le substitut lorsqu'il a autorisé le dépôt de l'accusation de meurtre au premier degré contre l'appelant, examinés dans leur contexte en tenant compte de leur nature et du droit à l'époque, le substitut pouvait vraisemblablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appelant. D'autres éléments importants amènent à conclure à l'existence de motifs suffisants tels que le fait que le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'appelant à procès. On doit présumer que le juge connaissait l'état du droit. S'il a jugé les éléments de preuve apportés par le substitut suffisants pour justifier le renvoi à procès, on ne saurait reprocher au substitut d'être arrivé à la même conclusion. De surcroît, le juge du procès n'a pas ordonné un verdict d'acquiescement et l'appelant a été reconnu coupable par le jury au terme de son procès criminel.

Pour démontrer une intention malveillante, l'appelant doit établir, selon la prépondérance de la preuve, la présence d'un but illégitime et le détournement des pouvoirs du substitut à cette fin. Cette norme, qui doit être appliquée de façon stricte, est élevée et claire puisqu'elle exige la preuve de l'intention subjective du substitut d'agir par malveillance ou dans un but illégitime. En l'espèce, le seul fait d'autoriser le dépôt d'une accusation criminelle dont l'issue est un verdict d'acquiescement ne saurait permettre de conclure à une intention malveillante de la part du substitut. Ce serait contraire à la norme de conduite de l'arrêt *Nelles* et cela créerait une obligation de résultat envers le substitut. Une telle norme équivaudrait à nier au substitut toute immunité. L'existence de motifs raisonnables et probables pour déposer l'acte d'accusation écarte tout « but illégitime » qu'aurait poursuivi le substitut. La preuve au dossier établit que c'est l'arrivée d'un nouveau témoin qui a influencé le comportement du ministère public et non pas la publicité entourant l'action civile en diffamation. Le substitut était totalement étranger à cette action. C'est uniquement à la demande de ses supérieurs qu'il a repris le dossier. On ne saurait non plus reprocher au substitut les gestes posés par un enquêteur, alors retraité, de la police, gestes que le substitut ignorait et pour lesquels l'enquêteur n'avait reçu aucun mandat du

was unaware of those acts, for which the investigator had received no mandate from the prosecutor. It is logical that the Attorney General, through the police, subsequently obtained that investigator's services to pursue the investigation, since he was the one who had conducted the entire investigation in this case from the beginning. Finally, there is no indication of malice on the part of the prosecutor in the prosecutor's use of the conversation between the victim's father and the appellant in his argument at trial.

In short, there is no evidence to show that the prosecutor acted for personal purposes, out of vengeance or ill-will toward the appellant, in bad faith or beyond his mandate for improper purposes, or that he committed a fraud on the law. A careful examination of the facts in evidence in the civil action shows rather that the prosecutor acted within the bounds of his functions as a public officer, by prosecuting an individual whom he believed, in good faith, to be guilty of a crime.

Cases Cited

By Iacobucci and Binnie JJ.

Followed: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; **referred to:** *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. v. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 2 S.C.R. 555; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561; *McArthur v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; *The King v. Anthony*, [1946] S.C.R. 569; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R.

substitut. Que le procureur général ait ensuite, par l'entremise de la police, obtenu les services de cet enquêteur pour poursuivre l'enquête est logique puisque c'était lui qui avait mené toute l'enquête dans ce dossier dès le début. Enfin, l'utilisation que le substitut a fait, lors de sa plaidoirie au procès, de la conversation entre le père de la victime et l'appelant ne révèle aucune intention malveillante de la part du substitut.

En somme, il n'y a aucun élément de preuve démontrant que le substitut aurait agi à des fins personnelles, par vengeance ou inimitié envers l'appelant, de mauvaise foi, hors de son mandat à des fins impropres, ou qu'il ait commis une fraude à la loi. Un examen attentif des faits mis en preuve lors de la poursuite civile démontre plutôt que le substitut a agi dans le cadre de ses fonctions d'officier public, en poursuivant un individu qu'il croyait, de bonne foi, coupable d'un crime.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Binnie

Arrêt suivi : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. c. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *The King c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *McArthur c. The King*, [1943] R.C. de l'É. 77; *The King c. Anthony*, [1946] R.C.S. 569; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Martel Building Ltd. c. Canada*,

860, 2000 SCC 60; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Québec (Procureur général) v. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest v. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, aff'g (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. v. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Boudreault v. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson v. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen v. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard v. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline v. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette v. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski v. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset v. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron v. Québec (Procureur général)*, [2000] Q.J. No. 4700 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Attorney General's prosecutors, R.S.Q., c. S-35.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Civil Code of Lower Canada, art. 356.

[2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Imbler c. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli c. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. c. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, conf. (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. c. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. c. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Boudreault c. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson c. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen c. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard c. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete c. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline c. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette c. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski c. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset c. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron c. Québec (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 4700 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code civil du Bas Canada, art. 356.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 1376.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 1376.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Authors Cited

- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public" (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)" (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. "Malicious Prosecution: *Nelles v. Ontario*: REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 Can. Bar Rev. 366" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 335.
- Canada. Law Reform Commission. *Pretrial Eyewitness Identification Procedures*. By Neil Brooks. Ottawa: The Commission, 1983.
- 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*" (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. "La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux" (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. "La mauvaise foi et la responsabilité de l'État". Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. "Recent Developments in Canadian Law: Tort Law" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 177.
- Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswell, 1988.
- Robinette, J. J. "Circumstantial Evidence", [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.
- Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 94.
Loi sur les substituts du procureur général, L.R.Q., ch. S-35.

Doctrines citées

- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public » (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) » (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. « Malicious Prosecution : *Nelles v. Ontario* : REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 Can. Bar Rev. 366 » (1996), 75 *R. du B. can.* 335.
- Canada. Commission de réforme du droit. *L'identification par témoin oculaire avant le procès*. Par Neil Brooks. Ottawa : La Commission, 1983.
- 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* » (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence : Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux » (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État ». Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal : Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. « Recent Developments in Canadian Law : Tort Law » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 177.
- Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec : Éditeur officiel, 1965.
- Robinette, J. J. « Circumstantial Evidence », [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1988.

Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedynack: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Walton, F. P. "The Legal System of Quebec" (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] Q.J. No. 373 (QL), setting aside judgments of the Superior Court, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 1118, [1997] Q.J. No. 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] Q.J. No. 2711 (QL). Appeal allowed with costs, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Christian Trépanier and Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

Claude Gagnon, Alain Loubier and Carole Soucy, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BINNIE JJ. —

I. Introduction

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend, France Alain. There was no doubt that a murder had occurred. It was the prosecutor's opinion, however, that there was no reliable identification evidence against the appellant or anyone else. The prosecution file was closed.

Some five years later, Radio Station CHRC broadcast sensational allegations linking the appellant to the murder, and the appellant retaliated in January 1991 with an action for defamation claiming damages of a million dollars against André Arthur, a journalist of the radio station, and John Tardif, the then retired police investigator who had worked on the closed file.

Sopinka, John. « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remédiés : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedynack : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Walton, F. P. « The Legal System of Quebec » (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] J.Q. n° 373 (QL), qui a infirmé des jugements de la Cour supérieure, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 118, [1997] A.Q. n° 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] A.Q. n° 2711 (QL). Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Christian Trépanier et Lawrence Corriveau, c.r., pour l'appelant.

Claude Gagnon, Alain Loubier et Carole Soucy, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BINNIE —

I. Introduction

En 1986, le substitut du procureur général a déterminé qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs pour accuser l'appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, France Alain. Il ne faisait aucun doute qu'un meurtre avait été commis. Toutefois, le substitut était d'avis qu'il n'y avait aucune preuve d'identification fiable contre l'appelant ou contre qui que ce soit d'autre. Il a alors clos le dossier de la poursuite.

Environ cinq ans plus tard, la station radiophonique CHRC a diffusé des allégations à sensation établissant un rapport entre l'appelant et le meurtre. En janvier 1991, l'appelant a répliqué par une action en libelle diffamatoire dans laquelle il réclamait un million de dollars en dommages-intérêts contre André Arthur, un journaliste de la station, et contre John Tardif, l'enquêteur de police qui avait

André Prud'homme, Gilles Prud'homme,
Jean-Paul Fortin, André Fortin and Savino
Cantatore *Appellants*

v.

Feruand Prud'homme *Respondent*

and

Canadian Broadcasting Corporation,
La Presse Ltée, 3834310 Canada Inc.,
Groupe Transcontiental G.T.C. Ltée and
Fédération professionnelle des journalistes du
Québec *Interveniers*

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 *Appellants*

c.

Fernand Prud'bomme *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 nentre : 2002 CSC 85.

Nº 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 assujéti 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 in 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.

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.

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;

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; *McLaughlin 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 (Q.L.); *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*, 5^e 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. n° 2663 (Q.L.); *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, n° 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.

Doctrines citées

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e 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.
- Héту, 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*, 2^e 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.
- Héту, 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*, 2^e 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. n° 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.

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.*

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.*

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.)

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

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.

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

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.)

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

30

31

32

33

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* (5^e 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.

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* (2^e éd. 1980), p. 63-64.)

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

36

37

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

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.).

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.

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

50

51

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 *a 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.

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 disrepute (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* (2^e éd. 1996), p. 551; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6^e 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.

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).

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 équivaldrait 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).

57

58

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.

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.

(vi) Defence of Fair Comment

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 Québec 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*

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.

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) La défense de commentaire loyal et honnête

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*,

60

61

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.).

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. n° 2663 (QL) (C.S.).

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.

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.

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

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

Commission des droits de la personne et
des droits de la jeunesse in favour of
Jean-Marc Larocque *Appellant*

v.

Communauté urbaine de Montréal (now
known as City of Montréal) *Respondent*

and

Attorney General of Quebec and Tribunal
des droits de la personne *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE
LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v.
COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL

Neutral citation: 2004 SCC 30.

File No.: 29231.

2003: December 9; 2004: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie,
Arbour, LeBel and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Civil rights — Unlawful interference with right —
Remedy — Police officer — Discriminatory refusal to
hire resulting from application of minimum standard for
hearing acuity adopted by CUM pursuant to enabling Act
— Quebec Tribunal des droits de la personne dismissing
damages claim, declaring regulatory standard inoper-
able in relation to complainant and directing CUM to
place complainant back in hiring process retroactively
— Whether remedy appropriate — Charter of Human
Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.*

*Civil rights — Unlawful interference with right —
Remedy — Damages — Principles of public law ruling out
possibility of awarding damages when legislation declared
unconstitutional — Whether these principles impede
implementation of s. 49 of Charter of Human Rights and
Freedoms which entitles victims to damages — Charter of
Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49.*

Commission des droits de la personne et
des droits de la jeunesse en faveur de
Jean-Marc Larocque *Appelante*

c.

Communauté urbaine de Montréal
(maintenant désignée sous le nom de
Ville de Montréal) *Intimée*

et

Procureur général du Québec et Tribunal
des droits de la personne *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS
DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c.
COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2004 CSC 30.

N° du greffe : 29231.

2003 : 9 décembre; 2004 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Répa-
ration — Policier — Refus d'embauche discriminatoire
découlant de l'application de la norme d'acuité auditive
fixée par la CUM en vertu de sa loi constitutive — Tribunal
des droits de la personne du Québec rejetant la demande
de dommages-intérêts, déclarant la norme réglementaire
inopposable au plaignant et ordonnant à la CUM de le
réintégrer rétroactivement dans le processus d'emba-
che — Cette réparation est-elle appropriée? — Charte des
droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.*

*Libertés publiques — Atteinte illicite à un droit — Répa-
ration — Dommages-intérêts — Principes de droit public
excluant la possibilité de recours en dommages-intérêts
lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement
invalides — Ces principes font-ils obstacle à la mise en
œuvre de l'art. 49 de la Charte des droits et libertés de la
personne qui consacre le droit de réclamer des dommages-
intérêts? — Charte des droits et libertés de la personne,
L.R.Q., ch. C-12, art. 49.*

A candidate for a position as a municipal police officer was excluded from the hiring process because he did not meet the minimum standard for hearing acuity adopted by the CUM pursuant to the regulatory powers given to it by its enabling Act. He filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that the refusal to hire him constituted discrimination in violation of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. As its proposal in favour of the complainant was not acted on, the Commission brought the matter to the Quebec Tribunal des droits de la personne. The Tribunal concluded that it could not find the CUM liable for damages resulting from the application of its legislative and regulatory powers. However, it declared the regulatory standard inoperable in relation to the complainant and directed the CUM to reconsider the complainant's application in accordance with the hiring process as it was at the time he applied with all of the benefits to which he would have been entitled had he not been excluded. The Court of Appeal allowed for the most part the CUM appeal in limiting the remedy to a mere declaration of the standard's inoperability in relation to the complainant.

Held: The appeal should be allowed in part.

Violations of the *Quebec Charter* give rise to various remedies. In particular, s. 49 entitles victims to obtain the cessation of interference with their rights and to damages and s. 52 provides that the *Quebec Charter* prevails over all Quebec legislation, unless an Act expressly provides otherwise. The general principle governing the exercise of these avenues of recourse is a search for the appropriate measure, where consistent with the public interest. This remedy for a violation cannot be chosen without taking into account the constitutional framework and principles governing the organization and practices of Canada's public institutions. Well-established principles of public law rule out the possibility of awarding damages when legislation is declared unconstitutional. This is the context in which the *Quebec Charter* shall be applied. The Commission's argument that the traditional rules do not apply with the introduction of s. 49 cannot be accepted. A more nuanced approach with respect to the relationship between the law of civil liability and public law should be adopted. General principles of public law may fully impede the application of the *jus commune's* civil liability regime or partially modify the rules for its application. In this case, the rules governing the immunities attached to legislative and regulatory action imply a necessary distinction between a fault or negligent act and one that is unlawful or invalid because it fails to comply with fundamental, constitutional or quasi-constitutional standards. The Court of Appeal correctly

Un candidat à un poste de policier municipal est exclu d'un processus d'embauche parce qu'il ne satisfait pas à la norme d'acuité auditive adoptée par la CUM en vertu des pouvoirs réglementaires que lui confère sa loi constitutive. Il dépose une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant un refus d'embauche discriminatoire qui viole la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Comme il n'est pas donné suite à sa proposition en faveur du plaignant, la Commission saisit le Tribunal des droits de la personne du Québec de l'affaire. Celui-ci conclut qu'il ne peut condamner la CUM à des dommages-intérêts pour un acte résultant de l'application de ses pouvoirs législatifs et réglementaires. Il déclare toutefois la norme réglementaire inopposable au plaignant et ordonne à la CUM de le réintégrer dans le processus d'embauche, tel qu'il existait lors de la présentation de sa candidature, en lui accordant tous les avantages qu'il aurait eus s'il n'en avait pas été évincé. La Cour d'appel accueille l'appel de la CUM en grande partie en restreignant la réparation à la seule déclaration d'inopposabilité de la norme au plaignant.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Les violations de la *Charte québécoise* donnent ouverture à des mesures de réparation variées. En particulier, l'art. 49 consacre le droit de mettre fin à l'atteinte et de réclamer des dommages-intérêts et l'art. 52 dispose que la *Charte québécoise* prévaut sur l'ensemble de la législation québécoise, sauf dérogation expresse. Le principe général qui régit l'exercice de ces recours est la recherche de la mesure appropriée compte tenu de l'intérêt public. Le choix de cette mesure ne saurait être déterminé sans égard à l'ensemble de la structure et des principes constitutionnels qui aménagent l'organisation et le fonctionnement des institutions publiques au Canada. Des principes bien établis de droit public excluent la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides. L'application de la *Charte québécoise* se situe dans ce contexte juridique. Il faut donc rejeter la prétention de la Commission que les règles traditionnelles sont inapplicables dans la mise en œuvre de l'art. 49 et adopter une position nuancée quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit public. Des principes généraux de droit public peuvent faire obstacle totalement à l'application du régime de droit commun en responsabilité civile ou en modifier partiellement les règles de fonctionnement. En l'espèce, les règles d'immunité rattachées à l'action législative ou réglementaire impliquent une distinction nécessaire entre l'acte fautif et l'acte illégal ou invalide en raison de sa non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles. C'est donc à bon

rejected the appellant's arguments to the effect that a remedy in the form of damages should be awarded.

However, on account of the diversity and flexibility of remedies for enforcing fundamental rights, the Court of Appeal should not have settled on a purely declaratory remedy. The restoration of these rights must not be reduced to a choice between applying the general civil liability regime or rendering declaratory judgments that recognize the right but give it no practical effect. Given the difficulties inherent in a recourse in damages and the problems resulting from a decision to place the complainant back in the hiring process retroactively, the appropriate measure of redress, in the circumstances of this case, is a declaration of inoperability coupled with a conclusion that the complainant's application should in future be considered according to the by-law respecting the hiring of police officers currently in force at the City of Montréal, but without taking into account his hearing loss.

Cases Cited

Applied: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; **referred to:** *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud'homme v. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Québec (Procureur général) v. Denis Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Communauté urbaine de Montréal, R.S.Q., c. C-37.2, ss. 77, 80 [am. 1993, c. 68, s. 16], 178.1.
By-law respecting standards of the Sûreté du Québec and municipal police forces for the hiring of constables and cadets, R.R.Q. 1981, c. P-13, r. 14, s. 6.

droit que la Cour d'appel a rejeté les conclusions de la Commission qui demandaient une réparation sous forme de dommages-intérêts.

Cependant, vu la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux, la Cour d'appel n'aurait pas dû s'arrêter à un redressement purement déclaratoire. L'aménagement des droits fondamentaux ne se réduit pas à un choix entre l'application du régime général de responsabilité civile et des jugements déclaratoires qui constatent le droit mais ne permettent pas de lui donner un effet concret. Compte tenu des difficultés propres au recours en dommages-intérêts et des problèmes que poserait une décision de replacer le plaignant dans le processus d'embauche rétroactivement, la réparation appropriée en l'espèce est une déclaration d'inopposabilité, jointe à une conclusion portant que, pour l'avenir, la candidature du plaignant doit être examinée sans tenir compte de sa perte de capacité auditive, conformément par ailleurs au règlement municipal d'embauche des policiers maintenant en vigueur.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; **arrêts mentionnés :** *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Procureur général) c. Denis Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. 1982, ch. 61, art. 3], 13, 16, 49, 52 [mod. 1982, ch. 61, art. 16], 71, 80 [mod. 1989, ch. 51, art. 5], 86, 88, 111 [aj. *idem*, art. 16], 111.1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10 [am. 1982, c. 61, s. 3], 13, 16, 49, 52 [am. 1982, c. 61, s. 16], 71, 80 [am. 1989, c. 51, s. 5], 86, 88, 111 [ad. *idem*, s. 16], 111.1.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, art. 1376.

Constitution Act, 1867.

Authors Cited

Macdonald, Roderick A. "Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity" (1985), 16 *R.G.D.* 69.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] Q.J. No. 367 (QL), setting aside in part a decision of the Tribunal des droits de la personne, [2000] J.T.D.P.Q. No. 17 (QL). Appeal allowed in part.

Pierre-Yves Bourdeau, for the appellant.

Pierre Yves Boisvert, for the respondent.

Hugo Jean and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

François Aquin and Sylvie Gagnon, for the intervener Tribunal des droits de la personne.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

¹ This appeal concerns the scope of the remedial powers that the Quebec Tribunal des droits de la personne (the "Tribunal") may exercise under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Quebec Charter*"), in cases of unlawful discrimination. The issue at bar arises out of the rejection of an application for a position as a municipal police officer on the grounds of a hearing disability. For the reasons I shall give here, the appeal should be allowed in part, with the respondent being ordered to reconsider the complainant's application, despite his disability, in accordance with the recruitment procedures currently in force.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 1376.

Loi constitutionnelle de 1867.

Loi sur la Communauté urbaine de Montréal, L.R.Q., ch. C-37.2, art. 77, 80 [mod. 1993, ch. 68, art. 16], 178.1.

Règlement sur les normes d'embauche des agents et cadets de la Sûreté du Québec et des corps de police municipaux, R.R.Q. 1981, ch. P-13, r. 14, art. 6.

Doctrines citées

Macdonald, Roderick A. « Jurisdiction, Illegality and Fault : An Unholy Trinity » (1985), 16 *R.G.D.* 69.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] J.Q. n° 367 (QL), qui a infirmé en partie une décision du Tribunal des droits de la personne, [2000] J.T.D.P.Q. n° 17 (QL). Pourvoi accueilli en partie.

Pierre-Yves Bourdeau, pour l'appelante.

Pierre Yves Boisvert, pour l'intimée.

Hugo Jean et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

François Aquin et Sylvie Gagnon, pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'étendue des pouvoirs de réparation que peut exercer le Tribunal des droits de la personne du Québec (le « Tribunal ») en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »), dans des cas de discrimination illicite. Le problème en cause découle d'un refus d'examiner une candidature à un poste de policier municipal, en raison d'un handicap auditif. Pour les motifs que j'expose ici, le pourvoi devrait être accueilli en partie afin d'ordonner à l'intimée de réexaminer la candidature du plaignant, dans le cadre de la procédure de recrutement qu'elle applique maintenant, malgré la présence d'un handicap.

to seek redress in such matters. Individuals whose fundamental rights have been violated retain the right to bypass the Commission's administrative process and assert their rights before a court of competent jurisdiction, although they do so at their own risk and expense. I shall refrain from commenting on the specific problems surrounding the respective jurisdictions of the Tribunal and other specialized administrative adjudicators, such as grievance arbitrators in matters of labour law, as these issues have already been the subject of extensive debate in Quebec for many years and, most recently, before this Court.

Various remedies are available to claimants and tribunals of competent jurisdiction. Section 49 entitles victims to obtain the cessation of interference with their rights and to damages. Section 52 provides that the *Quebec Charter* prevails over all Quebec legislation, unless an Act expressly provides otherwise. Special recourse in the form of affirmative action programs is provided for under s. 88. A general principle governing the exercise of these avenues of recourse is outlined in s. 80: the Commission may seek any appropriate measure "*compte tenu de l'intérêt public*" or, as the English version of the Act puts it more clearly, "where consistent with the public interest".

Section 52 unquestionably gives the *Quebec Charter* a preeminent, quasi-constitutional stature in relation to other Quebec legislation. We should nevertheless bear in mind that the appropriate remedy for a violation cannot be chosen without taking into account the constitutional framework and principles governing the organization and practices of Canada's public institutions so that the relationships between the various components of the legal hierarchy applicable to the situation under Quebec law are articulated appropriately. In this regard, a review of a number of this Court's observations concerning the relationship between fundamental rights and the overall makeup of Canada's constitutional framework is in order. These observations are particularly relevant to the discharge of the legislative function, even when that function is delegated, as in the case at bar.

d'atteintes aux droits fondamentaux conservent d'ailleurs la faculté d'ignorer le processus administratif de la Commission et de faire valoir leurs droits devant les tribunaux compétents, à leurs risques, périls et frais. Je m'abstiendrai toutefois de commenter les difficultés propres à l'aménagement des compétences respectives du Tribunal et de juridictions spécialisées, comme les arbitres de grief en droit du travail, qui ont fait l'objet de nombreux débats au Québec depuis plusieurs années, dont certains ont été portés récemment devant notre Cour.

Des mesures de réparation variées s'offrent aux réclamants et aux tribunaux compétents. L'article 49 consacre le droit de mettre fin à l'atteinte et de réclamer des dommages-intérêts. L'article 52 dispose que la *Charte québécoise* prévaut sur l'ensemble de la législation québécoise, sauf dérogation expresse. Des recours spéciaux sont établis pour les programmes d'accès à l'égalité, selon l'art. 88. Un principe général régit l'exercice de ces recours, la recherche de la mesure appropriée, suivant l'art. 80, « compte tenu de l'intérêt public » ou dans la version anglaise de ce texte législatif, sans doute plus claire, « *where consistent with the public interest* ».

L'article 52 confère indéniablement un statut prééminent, voire quasi constitutionnel, à la *Charte québécoise*. Il convient toutefois de se rappeler que le choix de la mesure de réparation appropriée, lorsqu'elle est violée, ne saurait être déterminé sans égard à l'ensemble de la structure et des principes constitutionnels qui aménagent l'organisation et le fonctionnement des institutions publiques au Canada, afin que les rapports entre les diverses composantes de l'ordre juridique applicable à la situation en droit québécois soient articulés de manière appropriée. À cet égard, il demeure utile de rappeler quelques observations de notre Cour sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'ensemble du régime constitutionnel établi au Canada. Ces remarques conservent une pertinence particulière quant à l'exercice de la fonction législative, même lorsqu'elle est déléguée, comme dans la présente cause.

14

15

16

When confronted with the problems of reconciling the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and provisions of the *Constitution Act, 1867*, this Court stressed that the Constitution of Canada forms a single entity and must be read as a whole. The *Canadian Charter* does not repeal the *Constitution Act, 1867* or the constitutional compromises it reflects, as Iacobucci J. explained in connection with the funding of religious schools in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at paras. 46-47; see also: *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1198, per Wilson J. This Court took its examination of the nature and subject matter of Canada's constitutional framework further in its opinion on the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 50 to 53 and 64 to 66, stressing the diversity and complexity of the rules making up the Constitution of Canada. The Constitution includes written rules, of course, but at the same time we cannot ignore the unwritten principles inherent in the democratic and parliamentary form of Canadian government and its origins, principles which govern the exercise of an independent legislative power.

Devant des problèmes de coordination de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des dispositions contenues dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, notre Cour a souligné que la Constitution du Canada forme un tout et doit être lue comme un ensemble. La *Charte canadienne* n'abroge pas les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni les compromis constitutionnels qu'elle reflète, comme l'exposait le juge Iacobucci, au sujet du financement de l'enseignement confessionnel, dans l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 46-47; voir aussi : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1198, la juge Wilson. Poussant plus loin son étude de la nature et du contenu de l'ordre constitutionnel canadien dans son avis sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 50-53 et 64-66, notre Cour a rappelé la diversité et la complexité des règles qui forment la Constitution du Canada. Celle-ci comporte certes des règles écrites. L'on ne saurait cependant faire abstraction des principes non écrits inhérents à la forme démocratique et parlementaire de l'État canadien et aux origines de celui-ci, qui gouvernent notamment l'exercice d'un pouvoir législatif indépendant.

17

The nature of Canada's constitutional regime must be taken into consideration when establishing the hierarchy of rules governing the actions of legislatures and public entities, such as municipalities, to which legislative powers have been validly delegated. The ultimate source of traditional immunities with respect to the consequences of the invalidity of legislative action is this constitutional regime, a regime in which legislative power is necessarily exercised within the confines of the law, but independently, free of interference from the civil liability rules of the *jus commune*. The *Quebec Charter*, a statute with quasi-constitutional standing in matters within the Quebec legislature's jurisdiction, is enforced within this legal framework and is still based on the fundamental organizing principles for public powers inspired by this framework.

La nature du régime constitutionnel canadien doit être prise en considération lorsqu'il s'agit d'établir la hiérarchie des normes gouvernant l'action des législatures et celle des corps publics, comme les municipalités, auxquels sont valablement délégués des pouvoirs législatifs. La présence des immunités traditionnelles à l'égard des conséquences de la nullité d'actes de nature législative trouve sans doute son fondement ultime dans l'existence d'un tel régime constitutionnel, où le pouvoir législatif doit s'exercer dans le cadre de la loi, mais indépendamment, sans interférence des règles de responsabilité civile de droit commun. L'application de la *Charte québécoise*, instrument de nature quasi constitutionnelle dans les matières relevant de la compétence législative du Québec, se situe dans ce cadre juridique et repose toujours sur les principes fondamentaux d'organisation des pouvoirs publics qui s'en inspirent.

In the case at bar, as I have already mentioned, the dispute arose out of the adoption and application of a regulatory standard authorized by provincial legislation. It stems from the regulatory activities of the CUM authorized under s. 178.1 of its enabling Act.

In such cases, well-established principles of public law rule out the possibility of awarding damages when legislation is declared unconstitutional, be it on the grounds of a violation of the separation of legislative powers within the Canadian federation or of non-compliance with the *Canadian Charter*. The case law of this Court has been consistent in this regard. The Court's position was recently outlined in the comments of Gonthier J. in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at paras. 78-79:

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional (*Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42). . . .

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. (Footnotes omitted.)

. . . The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the "established and

Dans la présente cause, comme je le mentionnais plus haut, le conflit trouve son origine dans l'adoption et la mise en application d'une norme réglementaire autorisée par la législation provinciale. Il provient de l'activité réglementaire de la Communauté autorisée par l'art. 178.1 de sa loi constitutive.

En pareil cas, des principes bien établis de droit public excluent la possibilité de recours en dommages-intérêts lorsque des lois sont déclarées constitutionnellement invalides, que ce soit pour des violations des règles relatives au partage des pouvoirs législatifs à l'intérieur de la fédération canadienne ou pour leur non-conformité à la *Charte canadienne*. Dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a été constante. Sa position a été récemment exposée dans les commentaires du juge Gonthier dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 78-79 :

Selon un principe général de droit public, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle (*Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42). . . .

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l'exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l'Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu'un par suite de l'adoption d'une loi. (Notes infrapaginales omises.)

. . . Or, l'immunité restreinte accordée à l'État constitue justement un moyen d'établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. Ainsi, l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter

18

19

indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded (*Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (Ont. Div. Ct.)). [Emphasis added.]

(See also: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.)

20

In Quebec law, in matters within the jurisdiction of the National Assembly, the *Quebec Charter* has been elevated to the rank of a source of fundamental law. The interpretation of legislation must draw on its principles. The preliminary provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, states that the *Code*, as the *jus commune* of Quebec, must be interpreted in harmony with the *Quebec Charter*. Article 1376 C.C.Q. further stipulates that the provisions set out in the Book “Obligations” govern the State’s civil liability (see: *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud’homme v. Prud’homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85, at paras. 27-31).

21

The appellant still asserts the right to a remedy in the form of damages or its equivalent for complainants in Mr. Larocque’s position. The appellant’s argument is based on the belief that the enactment of the *Quebec Charter* fundamentally altered the traditional rules described above, rules that circumscribed the State’s liability for the discharge of its legislative function. The appellant argues that these rules no longer apply with the introduction of s. 49, since this provision authorizes awards for damages to remedy any unlawful act. A breach of the *Quebec Charter* constitutes such an unlawful act and is equivalent to a fault, as defined in the law of civil liability. On this point, the appellant draws our attention to the comments of Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, in which

les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s’ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l’état du droit, et qu’après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n’est pas engagée. Autrement, l’effectivité et l’efficacité de l’action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu’elles ne sont pas invalidées. Ce n’est donc qu’en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés (*Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (C. div. Ont.)). [Je souligne.]

(Voir aussi : *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.)

Dans le droit du Québec, dans les matières relevant de la compétence de l’Assemblée nationale, la *Charte québécoise* se trouve élevée au rang de source de droit fondamental. L’interprétation de la législation doit s’inspirer de ses principes. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, souligne d’ailleurs que ce dernier, à titre de droit commun du Québec, doit s’interpréter en harmonie avec elle. Enfin, l’art. 1376 C.c.Q. précise que les dispositions du livre « Des Obligations » régissent la responsabilité civile de l’État (voir : *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud’homme c. Prud’homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 2002 CSC 85, par. 27-31).

L’appelante défend toujours son droit d’obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts ou équivalente pour des plaignants placés dans la situation de M. Larocque. La position de l’appelante repose sur la perception que la mise en vigueur de la *Charte québécoise* a modifié fondamentalement les règles traditionnelles décrites plus haut, qui encadraient la responsabilité de l’État à l’égard de l’exercice de la fonction législative. Celles-ci ne trouveraient plus à s’appliquer dans la mise en œuvre de son art. 49 puisque cette disposition permettrait de demander des dommages-intérêts en réparation de tout acte illicite. Une violation de la *Charte québécoise* représenterait un acte illicite. Celui-ci s’assimilerait toujours à une faute au sens du droit de la responsabilité civile. À ce propos, on souligne les commentaires du juge Gonthier dans l’arrêt

he associates violations of the *Quebec Charter* with the standard of wrongful conduct as defined in the law of civil liability: "It is . . . clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault" (para. 120).

This Court has nevertheless adopted a more nuanced approach with respect to the relationship between the law of civil liability and public law. The Court recognizes that general principles of public law may fully impede the application of the *jus commune*'s civil liability regime or partially modify the rules for its application (*Prud'homme*, *supra*, at para. 31). In the case at bar, the rules governing the immunities attached to legislative and regulatory action are at odds with another principle, one that asserts that where a legislative or regulatory standard is incompatible with the *Quebec Charter*, the application of that standard constitutes a fault and may engage the liability of a public entity or its officials. The immunity rule excludes such an act from being considered a "fault", to use the civil law term, or "negligent", within the common law meaning.

Recourse to the civil liability regime to punish violations of the *Quebec Charter* does not oust those fundamental rules which serve to safeguard the free and effective discharge of the legislative function, subject to mechanisms currently in place for reviewing constitutionality. In this respect, immunity implies a necessary distinction between a fault or negligent act and one that is unlawful or invalid because it fails to comply with fundamental, constitutional or quasi-constitutional standards. By analogy, in the law of Crown liability, if upon judicial review an administrative decision is found to be unlawful, it does not necessarily follow that there is a fault giving rise to recourse in civil liability (R. A. Macdonald, "Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity" (1985), 16 *R.G.D.* 69; *Québec (Procureur général) v. Denis Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, at pp. 1836-37). In this context, the Court of Appeal correctly rejected the

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345, sur l'assimilation des violations de la *Charte québécoise* à une norme de comportement fautive au sens du droit de la responsabilité civile : « . . . il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile . . . » (par. 120).

Notre Cour a adopté toutefois une position nuancée quant aux rapports entre le droit de la responsabilité civile et le droit public. Elle reconnaît que des principes généraux de droit public peuvent faire obstacle totalement à l'application du régime de droit commun en responsabilité civile ou en modifier partiellement les règles de fonctionnement (*Prud'homme*, précité, par. 31). Dans le présent cas, les règles gouvernant les immunités rattachées à l'action législative ou réglementaire font obstacle à la reconnaissance d'un principe voulant que l'incompatibilité d'une norme législative ou réglementaire avec la *Charte québécoise* permette de considérer les actes accomplis en application de cette norme comme fautifs et susceptibles d'entraîner la responsabilité d'une administration publique ou de ses fonctionnaires. La règle d'immunité interdit de les considérer comme des actes fautifs dans le vocabulaire du droit civil ou des « actes de négligence » au sens de la common law.

Le recours au régime de responsabilité civile pour sanctionner les violations de la *Charte québécoise* ne saurait faire abstraction de ces règles de base, qui visent à sauvegarder l'exercice libre et efficace de la fonction législative, en présence des formes actuelles de contrôle de constitutionnalité. À cet égard, le principe d'immunité implique une distinction nécessaire entre l'acte fautif ou « l'acte de négligence » et l'acte illégal ou invalide, en raison de sa non-conformité aux normes fondamentales, constitutionnelles ou quasi constitutionnelles. On remarquera d'ailleurs que, de manière analogue, en droit de la responsabilité de l'administration publique, le constat de l'illégalité d'une décision administrative, à la suite de l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire, n'équivaut pas nécessairement à celui de l'existence d'une faute donnant ouverture à un recours en responsabilité civile (R. A. Macdonald, « Jurisdiction, Illegality and Fault: An

22

23

appellant's arguments to the effect that a remedy in the form of damages should be awarded, either directly or through a retroactive award compelling the payment of back salary and benefits. Moreover, as the Court of Appeal concluded, ss. 77 and 80 of the *Act respecting the Communauté urbaine de Montréal* do not impose a general civil liability on the CUM in such cases. Rather, these provisions stipulate that when a municipal by-law is challenged and quashed, the municipality's elected officials and employees cannot be held personally liable. The municipality alone assumes responsibility.

C. *Appropriate Remedies in the Circumstances Surrounding the Appeal*

24

In addition to the issue of the availability of an award for damages in some form or other, the Tribunal's order would, if carried out, raise a number of uncertainties and difficulties warranting the Court of Appeal's intervention. The order is conditional in nature, and would have the complainant participate once again in a hiring process that has since changed. There is also the question of the monetary obligations it imposes, obligations that could be difficult to quantify. The order might also affect the rights of third parties who participated in that hiring process. Even in a best case scenario, carrying out this order might still have raised further legal disputes. It is difficult to see this order as an appropriate remedy consistent with the public interest within the meaning of s. 80 of the *Quebec Charter*.

25

However, the Court of Appeal should not have settled on a purely declaratory remedy either. The Court ruled that no [TRANSLATION] "order compelling the cessation of the infringement can be made, since there is no fault . . ." (para. 19). With respect, this position ignores the diversity and flexibility of remedies for enforcing fundamental rights. The restoration of these rights must not be reduced to

Unholy Trinity » (1985), 16 R.G.D. 69; *Québec (Procureur général) c. Deniso Lebel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821, p. 1836-1837). Dans ce contexte, la Cour d'appel a rejeté à bon droit les conclusions de l'appelante qui demandaient une réparation sous forme de dommages-intérêts directement ou par l'intermédiaire d'une condamnation rétroactive au paiement de salaires et d'avantages sociaux. Par ailleurs, comme l'a conclu la Cour d'appel, les art. 77 et 80 de la *Loi sur la Communauté urbaine de Montréal* n'imposaient pas une responsabilité civile générale à la Communauté en pareil cas. Ces dispositions prévoyaient plutôt qu'en cas d'exercice d'un recours en cassation contre un règlement municipal et d'annulation de celui-ci, les élus et fonctionnaires municipaux n'encourraient aucune responsabilité personnelle, celle-ci ne pesant, le cas échéant, que sur l'organisme municipal.

C. *Les réparations appropriées dans les circonstances du pourvoi*

En plus de ce problème de recevabilité de conclusions en dommages-intérêts sous une forme ou une autre, l'ordonnance du Tribunal comportait des incertitudes et des difficultés d'exécution qui justifiaient aussi l'intervention de la Cour d'appel. Conçue sur le mode conditionnel, elle renvoyait le plaignant dans un système de recrutement que l'on savait modifié. Elle imposait potentiellement des obligations pécuniaires difficilement mesurables. Elle était susceptible d'affecter les droits de tiers qui auraient été visés par la procédure de recrutement. Au mieux, son exécution aurait pu exiger d'autres débats judiciaires. On concevrait difficilement qu'il s'agisse d'une réparation appropriée, tenant compte de l'intérêt public, au sens de l'art. 80 de la *Charte québécoise*.

Cependant, la Cour d'appel n'aurait pas dû s'arrêter à un redressement purement déclaratoire. Elle a jugé qu'aucune « ordonnance de faire cesser l'atteinte ne peut être prononcée parce qu'aucun acte fautif n'a été commis . . . » (par. 19). Avec égards, cette position oublie la diversité et la flexibilité des réparations possibles dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. L'aménagement de ceux-ci

a choice between applying the general civil liability regime or rendering declaratory judgments that recognize the right but give it no practical effect. This approach is perhaps indicative of an undue focus upon a single, albeit important, question in the analysis of the issue of remedies under the *Quebec Charter*, that is, the issue of the question of the relationship between the law of civil liability in the *jus commune* and the fundamental freedoms guaranteed under the *Quebec Charter*.

Despite occasional disagreements over the appropriate means of redress, the case law of this Court, although the law is undoubtedly still in its early stages of development in this area, stresses the need for flexibility and imagination in the crafting of remedies for infringements of fundamental human rights (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 CSC 62, at paras. 24-25 and 94). We should also not lose sight of the fact that enactments such as the *Quebec Charter* occasionally require intervention that is in no way related to the law of civil liability. It is sometimes necessary to put an end to actions or change practices or procedures that are incompatible with the *Quebec Charter* even where there is no fault within the meaning of the law of civil liability. The law of civil liberties may draw upon the law of civil liability where circumstances warrant. The law of delict does not set limits on the enforcement of the law of civil liberties. Thus, in the context of seeking appropriate recourse before an administrative body or a court of competent jurisdiction, the enforcement of this law can lead to the imposition of affirmative or negative obligations designed to correct or bring an end to situations that are incompatible with the *Quebec Charter*.

In the case at bar, the recognition of the right must be accompanied by a closely linked remedy, one that would prospectively correct the discrimination to which the appellant was subjected, that is, the discrimination resulting from the application of the hiring standards adopted by the CUM. A declaration of inoperability would at the very least mean that,

ne se réduit pas à un choix entre l'application du régime général de responsabilité civile et des jugements déclaratoires qui constatent le droit, mais ne permettent pas de lui donner un effet concret. Cette approche indique peut-être que l'analyse de cette question des réparations en vertu de la *Charte québécoise* a été trop centrée sur le seul problème, si important soit-il, des rapports entre le droit commun de la responsabilité civile et les garanties des libertés fondamentales.

Malgré des désaccords ponctuels sur les modalités des réparations appropriées, même si le droit n'est sans doute qu'aux premières étapes de son développement dans ce domaine, la jurisprudence de notre Cour a insisté sur la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, par. 24-25 et 94). Il ne faut pas non plus oublier que des régimes législatifs comme la *Charte québécoise* exigent à l'occasion des interventions qui ne relèvent nullement du droit de la responsabilité civile. Il faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la *Charte québécoise*, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile. Le droit des libertés civiles peut recourir au droit de la responsabilité civile, dans les conditions qui s'y prêtent. Le droit de la responsabilité délictuelle ne fixe pas pour autant les limites des applications du droit des libertés civiles. Ainsi, dans le cadre de l'exercice des recours appropriés devant les organismes ou les tribunaux compétents, la mise en œuvre de ce droit peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec la *Charte québécoise*.

Dans ce cas-ci, à la déclaration du droit devrait s'ajouter une forme de réparation étroitement liée à cette dernière, qui corrigerait pour l'avenir la discrimination dont l'appelant a été victime et qui découlait de l'application des normes d'embauche adoptées par la Communauté. Une déclaration d'inopposabilité signifie à tout le moins que, pour

26

27

Her Majesty The Queen in Right of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Imperial Tobacco Canada Limited *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario and Attorney General of British Columbia *Intervenors*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia *Respondent*

and

Imperial Tobacco Canada Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco International Inc., B.A.T. Industries p.l.c., British American Tobacco (Investments) Limited, Carreras Rothmans Limited, Philip Morris USA Inc. and Philip Morris International Inc. *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick *Intervenors*

Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Imperial Tobacco Canada Limitée *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

Imperial Tobacco Canada Limitée, Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco International Inc., B.A.T. Industries p.l.c., British American Tobacco (Investments) Limited, Carreras Rothmans Limited, Philip Morris USA Inc. et Philip Morris International Inc. *Intimées/appelantes au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD.

RÉPERTORIÉ : R. c. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE

2011 SCC 42

2011 CSC 42

File Nos.: 33559, 33563.

N^{os} du greffe : 33559, 33563.

2011: February 24; 2011: July 29.

2011 : 24 février; 2011 : 29 juillet.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Cbarron, Rothstein and Cromwell JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

Civil procedure — Third-party claims — Motion to strike — Tobacco manufacturers being sued by provincial government to recover health care costs of tobacco-related illnesses, and by consumers of “light” or “mild” cigarettes for damages and punitive damages — Tobacco companies issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Whether plain and obvious that third-party claims disclose no reasonable cause of action.

Procédure civile — Mise en cause — Requête en radiation — Fabricants de tabac poursuivis par le gouvernement d'une province qui cherche à recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme, et par des consommateurs de cigarettes dites « légères » ou « douces » qui demandent des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs — Compagnies de tabac mettant en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Est-il évident et manifeste que les avis de mise en cause ne révèlent aucune cause d'action raisonnable?

Torts — Negligent misrepresentation — Failure to warn — Negligent design — Duty of care — Proximity — Tobacco manufacturers being sued by provincial government and consumers and issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Federal government claiming representations constituted government policy immune from judicial review — Whether facts as pleaded establish prima facie duty of care — If so, whether conflicting policy considerations negate such duty.

Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut de mise en garde — Conception négligente — Obligation de diligence — Lien de proximité — Poursuites engagées par le gouvernement d'une province et des consommateurs contre des fabricants de tabac qui ont mis en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Gouvernement fédéral prétendant que les déclarations relevaient de la politique générale du gouvernement et étaient de ce fait soustraites au contrôle judiciaire — Les faits allégués établissent-ils l'existence d'une obligation de diligence prima facie? — Dans l'affirmative, des considérations de politique générale opposées écartent-elles cette obligation?

Torts — Provincial statutory scheme establishing rights of action against tobacco manufacturers and suppliers — Whether federal government liable as a “manufacturer” under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, or a “supplier” under the Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, and the Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457.

Responsabilité délictuelle — Régime législatif provincial conférant un droit d'action contre les fabricants et les fournisseurs de tabac — Le gouvernement fédéral a-t-il engagé sa responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, ou de « fournisseur » au sens de la Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, et de la Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457?

The appeal concerns two cases before the courts in British Columbia. In the *Costs Recovery* case, the

Le pourvoi porte sur deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Dans l'*Affaire du*

Government of British Columbia is seeking to recover, pursuant to the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* ("CRA"), the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of tobacco companies, including Imperial. British Columbia alleges that by 1950, the tobacco companies knew or ought to have known that cigarettes were harmful to one's health, and that they failed to properly warn the public about the risks associated with smoking their product. In the *Knight* case, a class action was brought against Imperial alone on behalf of class members who purchased "light" or "mild" cigarettes, seeking a refund of the cost of the cigarettes and punitive damages. The class alleges that the levels of tar and nicotine listed on Imperial's packages for light and mild cigarettes did not reflect the actual deliveries of toxic emissions to smokers, and alleges that the smoke produced by light cigarettes was just as harmful as that produced by regular cigarettes.

In both cases, the tobacco companies issued third-party notices to the Government of Canada, alleging that if the tobacco companies are held liable to the plaintiffs, they are entitled to compensation from Canada for negligent misrepresentation, negligent design and failure to warn, as well as at equity. They also allege that Canada would itself be liable as a "manufacturer" under the CRA or a "supplier" under the *Business Practices and Consumer Protection Act* and the *Trade Practice Act*, and that they are entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the *Negligence Act*. Canada brought motions to strike the third-party notices, arguing that it was plain and obvious that the third-party claims failed to disclose a reasonable cause of action. In both cases, the chambers judges struck all of the third-party notices. The British Columbia Court of Appeal allowed the tobacco companies' appeals in part. A majority held that the negligent misrepresentation claims arising from Canada's alleged duty of care to the tobacco companies in both the *Costs Recovery* case and the *Knight* case should proceed to trial. A majority in the *Knight* case further held that the negligent misrepresentation claim based on Canada's alleged duty of care to consumers should proceed, as should the negligent design claim. The court unanimously struck the remainder of the tobacco companies' claims.

recouvrement des coûts, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche, aux termes de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (« CRA »), à recouvrer d'un groupe de compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme. Selon la Colombie-Britannique, dès 1950, les compagnies de tabac savaient ou auraient dû savoir que les cigarettes étaient néfastes pour la santé et ont fait défaut de mettre le public en garde adéquatement contre les risques associés à l'usage de leur produit. Dans l'affaire *Knight*, un recours collectif a été intenté contre Imperial seulement, pour demander, au nom des membres qui ont acheté des cigarettes dites « légères » ou « douces », le remboursement du coût des cigarettes ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs. Selon eux, la teneur en goudron et en nicotine indiquée sur les paquets de cigarettes fabriquées par Imperial ne correspondait pas aux émissions toxiques réelles pour les fumeurs. Ils font valoir que la fumée dégagée par les cigarettes légères était tout aussi néfaste que celle dégagée par les cigarettes régulières.

Dans les deux affaires, les compagnies de tabac ont mis en cause le gouvernement du Canada, prétendant que, si elles étaient tenues responsables envers les demandeurs, elles avaient le droit d'être indemnisées par le Canada pour déclarations inexactes faites par négligence, conception négligente et défaut de mise en garde; ainsi qu'en vertu de l'équité. Elles font également valoir que le Canada aurait engagé sa propre responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la CRA ou à titre de « fournisseur » au sens de la *Business Practices and Consumer Protection Act* et de la *Trade Practice Act*, et qu'elles sont en droit d'obtenir du Canada une contribution et une indemnisation en vertu de la *Negligence Act*. Le Canada a présenté des requêtes en radiation des avis de mise en cause, faisant valoir qu'il était évident et manifeste que ces avis ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. Dans les deux affaires, les juges siégeant en cabinet ont ordonné la radiation de tous les avis de mise en cause. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie les appels interjetés par les compagnies de tabac. Les juges majoritaires ont conclu à l'opportunité d'instruire, dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l'affaire *Knight*, les demandes relatives aux déclarations inexactes faites par négligence en violation d'une prétendue obligation de diligence du Canada envers les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight*, les juges majoritaires ont conclu en outre à l'opportunité d'instruire la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence fondée sur une prétendue obligation de diligence du Canada envers les consommateurs, ainsi que la demande relative à la conception négligente. La cour a radié à l'unanimité les autres demandes présentées par les compagnies de tabac.

Held: The appeals should be allowed and the claims should be struck out. The tobacco companies' cross-appeals should be dismissed.

On a motion to strike, a claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action. The approach must be generous, and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial. However, the judge cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. Here, it is plain and obvious that none of the tobacco companies' claims against Canada have a reasonable chance of success.

Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case

In the *Costs Recovery* case, the private law claims against Canada for contribution and indemnity based on alleged breaches of a duty of care to smokers must be struck. A third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff, in this case, British Columbia. Here, even if Canada breached duties to smokers, this would have no effect on whether it was liable to British Columbia.

The Claims for Negligent Misrepresentation

There are two relationships at issue in these claims: one between Canada and consumers and one between Canada and tobacco companies. In the *Knight* case, Imperial alleges that Canada negligently represented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers. In both the *Knight* case and the *Costs Recovery* case, the tobacco companies allege that Canada made negligent misrepresentations to the tobacco companies.

The facts as pleaded do not bring Canada's relationship with consumers and the tobacco companies within a settled category of negligent misrepresentation. Accordingly, to determine whether the alleged causes of action have a reasonable prospect of success, the general requirements for liability in tort must be met. At

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les demandes sont radiées. Les pourvois incidents interjetés par les compagnies de tabac sont rejetés.

Dans le cas d'une requête en radiation, une demande ne sera radiée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable. Cependant, le juge ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. En l'espèce, il est évident et manifeste qu'aucune des allégations des compagnies de tabac visant le Canada n'a une possibilité raisonnable d'être accueillie.

Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les demandes de contribution et d'indemnisation de droit privé dirigées contre le Canada et fondées sur des manquements allégués à une obligation de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le demandeur, en l'occurrence la Colombie-Britannique. En l'espèce, même si le Canada a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement n'aurait aucune incidence sur la question de savoir s'il est responsable envers la Colombie-Britannique.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence

Les allégations en l'espèce mettent en cause deux liens : celui entre le Canada et les consommateurs, et celui entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight*, Imperial prétend que le Canada a fait preuve de négligence en déclarant faussement aux fumeurs que la cigarette à teneur réduite en goudron serait moins nocive pour la santé. Dans l'affaire *Knight* et l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les compagnies de tabac prétendent que le Canada leur a fait des déclarations inexactes par négligence.

Les faits allégués ne font pas entrer la relation du Canada avec les consommateurs et les compagnies de tabac dans une catégorie définie en matière de déclarations inexactes faites par négligence. Par conséquent, afin de déterminer si les causes d'action alléguées ont une possibilité raisonnable d'être accueillies, il faut que

the first stage, the question is whether the facts disclose a relationship of proximity in which failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. In a claim of negligent misrepresentation, both of these requirements for a *prima facie* duty of care are established if there was a “special relationship” between the parties. A special relationship will be established where: (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would be reasonable in the circumstances of the case. If proximity is established, a *prima facie* duty of care arises and the analysis proceeds to the second stage, which asks whether there are policy reasons why this *prima facie* duty of care should not be recognized.

Here, on the facts as pleaded, Canada did not owe a *prima facie* duty of care to consumers. The relationship between the two was limited to Canada’s statements to the general public that low-tar cigarettes are less hazardous. There were no specific interactions between Canada and the class members. Consequently, a finding of proximity in this relationship must arise from the governing statutes. However, the relevant statutes establish only general duties to the public, and no private law duties to consumers. In light of the lack of proximity, this claim in the *Knight* case should be struck at the first stage of the analysis.

As for the tobacco companies, the facts pleaded allege a history of interactions between Canada and the tobacco companies capable of establishing a special relationship of proximity giving rise to a *prima facie* duty of care. The allegations are that Canada assumed the role of adviser to a finite number of manufacturers and that there were commercial relationships entered into between Canada and the companies based in part on the advice given to the companies by government officials, going far beyond the sort of statements made by Canada to the public at large. Furthermore, Canada’s regulatory powers over the manufacturers coupled with its specific advice and its commercial involvement could be seen as supporting a conclusion that Canada ought reasonably to have foreseen that the tobacco companies would rely on the representations and that such reliance would be reasonable in the pleaded circumstances.

les exigences générales en matière de responsabilité délictuelle soient remplies. À la première étape, il faut se demander si les faits révèlent l’existence d’un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au plaignant. Dans le cadre d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, ces deux conditions pour qu’il existe une obligation de diligence *prima facie* sont remplies lorsqu’un « lien spécial » unit les parties. L’existence d’un lien spécial est établie lorsque : (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration; et que (2) la confiance que le demandeur accorde à la déclaration serait raisonnable dans les circonstances. Si l’existence d’un lien de proximité est établie, il y a obligation de diligence *prima facie* et l’analyse passe à l’étape suivante dans laquelle on se demande si des considérations de politique empêcheraient de reconnaître cette obligation de diligence *prima facie*.

Compte tenu des faits allégués, le Canada n’avait pas d’obligation de ce genre envers les consommateurs. Le lien entre eux se limitait aux déclarations du Canada adressées au grand public selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins dangereuses pour la santé. Le Canada n’entretenait pas de rapports spéciaux avec les membres du groupe. Par conséquent, le constat qu’il s’agit d’un lien suffisamment étroit doit découler des lois applicables. Les lois pertinentes n’établissent toutefois que des obligations générales envers le public, et aucune obligation de nature privée envers les consommateurs. Vu l’absence de lien de proximité, il convient de radier cette allégation dans l’affaire *Knight* à la première étape de l’analyse.

En ce qui concerne les compagnies de tabac, les faits allégués révèlent que le Canada et les compagnies de tabac entretiennent depuis longtemps des rapports qui peuvent constituer un lien spécial imposant une obligation de diligence *prima facie*. On allègue que le Canada a joué un rôle de conseiller auprès d’un nombre déterminé de fabricants et a entretenu des rapports commerciaux avec les sociétés en cause compte tenu, en partie, des avis fournis à ces dernières par des fonctionnaires, avis qui vont bien au-delà des déclarations faites par le Canada au grand public. De plus, les pouvoirs de réglementation du Canada envers les fabricants, conjugués aux avis précis qu’il a donnés et à sa participation à des activités commerciales, pourraient être considérés comme étayant la conclusion que le Canada aurait raisonnablement dû prévoir que les compagnies de tabac se fieraient aux déclarations et que cette confiance serait raisonnable dans les circonstances alléguées.

Canada's alleged negligent misrepresentations do not give rise to tort liability, however, because of conflicting policy considerations. The alleged representations constitute protected expressions of government policy. Core government policy decisions protected from suit are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. The representations in this case were part and parcel of a government policy, adopted at the highest level in the Canadian government and developed out of concern for the health of Canadians and the individual and institutional costs associated with tobacco-related disease, to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes.

The claims for negligent misrepresentation should also fail because they would expose Canada to indeterminate liability. Recognizing a duty of care for representations to the tobacco companies would effectively amount to a duty to consumers. While the quantum of damages owed by Canada to the companies in both cases would depend on the number of smokers and the number of cigarettes sold, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes.

The Claims for Failure to Warn

The tobacco companies make two allegations for failure to warn: (1) that Canada directed the tobacco companies not to provide warnings on cigarette packages about the health hazards of cigarettes and (2) that Canada failed to warn the tobacco companies about the dangers posed by the strains of tobacco it designed and licensed. These two claims should be struck. The crux of the first claim is essentially the same as the negligent misrepresentation claim, and should be rejected for the same policy reasons. The Minister of Health's recommendations on warning labels were integral to the government's policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. As such, they cannot ground a claim in failure to warn. The same is true of the second claim. While the tort of failure to warn requires evidence of a positive duty towards the plaintiff, nothing in the third-party notices suggests that Canada was under such a positive duty here. A plea of negligence, without more, will not suffice to raise a duty to warn. In any event,

Les déclarations inexactes que le Canada aurait faites par négligence n'engagent toutefois pas sa responsabilité délictuelle parce que des considérations de politique générale s'y opposent. Les déclarations qui auraient été faites sont des expressions protégées de politique générale du gouvernement. Les décisions de politique générale fondamentale du gouvernement qui sont soustraites aux poursuites sont les décisions qui se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Les déclarations en cause faisaient partie intégrante d'une politique générale adoptée par les plus hautes instances du gouvernement canadien et élaborée par souci pour la santé des Canadiens et des Canadiennes et en raison des coûts individuels et institutionnels associés aux maladies causées par le tabac, afin d'inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence doivent aussi être rejetées parce qu'elles exposeraient le Canada à une responsabilité indéterminée. Reconnaître une obligation de diligence à l'égard des déclarations faites aux compagnies de tabac reviendrait en fait à reconnaître une obligation envers les consommateurs. Le montant des dommages-intérêts dus par le Canada aux compagnies de tabac dans les deux cas dépendrait du nombre de fumeurs et du nombre de cigarettes vendues, alors que le Canada n'exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères.

Les allégations de défaut de mise en garde

Les compagnies de tabac formulent deux allégations de défaut de mise en garde : (1) le Canada a interdit aux compagnies de tabac d'apposer sur les paquets de cigarettes des mises en garde à l'égard des dangers que présentent les cigarettes pour la santé et (2) le Canada n'a pas avisé les compagnies de tabac des dangers que présentent les souches de tabac conçues par le Canada et pour lesquelles il a octroyé des licences. Il faut radier ces allégations. L'élément crucial de la première allégation est essentiellement le même que celui des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, et il y a lieu de la rejeter pour les mêmes considérations de politique générale. Les recommandations du ministre de la Santé sur les mises en garde faisaient partie intégrante de la politique générale du gouvernement visant à inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. En tant que telles, elles ne peuvent fonder une action pour défaut de mise en garde. Cela vaut aussi pour la deuxième allégation. Bien que le délit

such a claim would fail for the policy reasons applicable to the negligent misrepresentation claim.

The Claims for Negligent Design

The tobacco companies have brought two types of negligent design claims against Canada. They submit that Canada breached its duty of care to the tobacco companies when it negligently designed its strains of low-tar tobacco. In the *Knight* case, Imperial submits that Canada breached its duty of care to consumers of light and mild cigarettes. The two negligent design claims establish a *prima facie* duty of care. With respect to Canada's design of low-tar tobacco strains, the proximity alleged with the tobacco companies is not based on a statutory duty, but on commercial interactions between Canada and the tobacco companies. In the *Knight* case also, it is at least arguable that Canada was acting in a commercial capacity towards the consumers of light and mild cigarettes when it designed its strains of tobacco. However, the decision to develop low-tar strains of tobacco on the belief that the resulting cigarettes would be less harmful to health is a decision that constitutes a course or principle of action based on Canada's health policy and based on social and economic factors. As a core government policy decision, it cannot ground a claim for negligent design. These claims should accordingly be struck.

Liability as a "Manufacturer" and a "Supplier"

The tobacco companies' contribution claim in the *Costs Recovery* case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the CRA should be struck. It is plain and obvious that the federal government does not qualify as a manufacturer of tobacco under that Act. When the Act is read in context and all of its provisions are taken into account, it is apparent that the British Columbia legislature did not intend Canada to be liable as a manufacturer. This is confirmed by the text of the statute, the intent of the legislature in adopting the Act,

de défaut de mise en garde requière la preuve d'une obligation positive envers le demandeur, les avis de mise en cause ne donnent aucunement matière à croire que le Canada avait une telle obligation en l'espèce. Une allégation de négligence, sans plus, est insuffisante pour imposer une obligation de mise en garde. Quoi qu'il en soit, une allégation de ce genre serait rejetée pour les considérations de politique générale qui s'appliquent aux allégations de déclarations inexactes faites par négligence.

La conception négligente

Les compagnies de tabac ont soulevé à l'encontre du Canada deux types d'allégations de conception négligente. Elles affirment que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers elles en concevant de manière négligente ses souches de tabac à faible teneur en goudron. Dans l'affaire *Knight*, Imperial fait valoir que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers les consommateurs de cigarettes légères et douces. Ces deux allégations de conception négligente établissent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Pour ce qui est des souches de tabac à faible teneur en goudron conçues par le Canada, le prétendu lien de proximité avec les compagnies de tabac se fonde non pas sur une obligation prévue par la loi, mais sur les rapports entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight* également, il est au moins possible de soutenir que le Canada agissait comme une entreprise commerciale envers les consommateurs de cigarettes légères et douces lorsqu'il a conçu ses souches de tabac. Cependant, la décision de concevoir des souches de tabac à faible teneur en goudron parce qu'on croit que les cigarettes fabriquées avec ce tabac seraient moins nuisibles pour la santé constitue une ligne de conduite fondée sur la politique générale du Canada en matière de santé et repose sur des facteurs sociaux et économiques. Cette décision de politique générale fondamentale du gouvernement ne saurait fonder une poursuite pour conception négligente. Il faut donc rejeter ces allégations.

Responsabilité d'un « fabricant » et d'un « fournisseur »

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, la demande de contribution des compagnies de tabac visant à faire reconnaître au Canada la qualité de « fabricant » au sens de la CRA doit être radiée. Il est manifeste et évident que le gouvernement fédéral n'est pas un fabricant de produits du tabac au sens de cette loi. Lorsqu'on interprète la loi dans son contexte eu égard à l'ensemble de ses dispositions, il apparaît que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas imposer au Canada la responsabilité d'un fabricant. C'est ce que

and the broader context of the relationship between the province and the federal government. Holding Canada accountable under the *CRA* would defeat the legislature's intention of transferring the health-care costs resulting from tobacco-related wrongs from taxpayers to the tobacco industry. Similarly, the tobacco companies cannot rely on the recently adopted *Health Care Costs Recovery Act* in an action for contribution under the *CRA*. Finally, Canada could not be liable for contribution under the *Negligence Act* or at common law since it is not directly liable to British Columbia.

Imperial's claim in the *Knight* case that Canada could qualify as a "supplier" under the *Trade Practice Act* and the *Business Practices and Consumer Protection Act* which replaced it should also be struck. Canada's purpose for developing and promoting tobacco as described in the third-party notice suggests that it was not acting "in the course of business" or "in the course of the person's business" as those phrases are used in those statutes. Those phrases must be understood as limited to activities undertaken for a commercial purpose. Here, it is plain and obvious from the facts pleaded that Canada did not promote the use of low-tar cigarettes for a commercial purpose, but for a health purpose. Canada is therefore not a supplier and is not liable under those statutes.

Claims for Equitable Indemnity and Procedural Considerations

The tobacco companies' claims of equitable indemnity should be struck. Equitable indemnity is a narrow doctrine, confined to situations of an express or implied understanding that a principal will indemnify its agent for acting on the directions given. When Canada directed the tobacco industry about how it should conduct itself, it was doing so in its capacity as a government regulator that was concerned about the health of Canadians. Under such circumstances, it is unreasonable to infer that Canada was implicitly promising to indemnify the industry for acting on its request.

Finally, the claims for declaratory relief should be struck. The tobacco companies' ability to mount defences would not be severely prejudiced if Canada was no longer a third party in the litigation.

confirment le texte de la loi, l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adopter et le contexte plus général des rapports entre la province et le gouvernement fédéral. Tenir le Canada responsable en application de la *CRA* contrecarrerait l'intention de la législature de faire passer des contribuables à l'industrie du tabac la responsabilité des coûts des soins de santé résultant d'une faute du fabricant. Dans le même ordre d'idées, les compagnies de tabac ne peuvent s'appuyer sur la *Health Care Costs Recovery Act*, récemment édictée, dans le cadre d'une action intentée pour obtenir une contribution en vertu de la *CRA*. Enfin, le Canada ne peut être tenu à une contribution au titre de la *Negligence Act* ou en common law parce qu'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique.

Dans l'affaire *Knight*, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de « fournisseur » au sens de la *Trade Practice Act* et de la loi qui l'a remplacée, la *Business Practices and Consumer Protection Act*, doit aussi être radiée. Le but recherché par le Canada lorsqu'il a développé et promu le tabac, comme l'indique l'avis de mise en cause, tend à indiquer que le Canada n'agissait pas « dans le cours de ses affaires », dans le sens où cette expression est employée dans ces lois. Cette expression doit être interprétée comme visant seulement les activités exercées à une fin commerciale. Il ressort de façon évidente et manifeste des faits allégués que le Canada a promu la consommation de cigarettes à faible teneur en goudron non pas à une fin commerciale, mais à une fin liée à la santé. Le Canada n'est donc pas un fournisseur et sa responsabilité n'est pas engagée en application de ces lois.

Demandes d'indemnité fondées sur l'equity et considérations d'ordre procédural

Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent être radiées. La doctrine de l'indemnité fondée sur l'equity est une doctrine restreinte qui ne s'applique que dans les cas où le mandant s'engage expressément ou implicitement à indemniser son mandataire pour avoir agi conformément à ses directives. Lorsque le Canada a donné à l'industrie du tabac des directives sur la manière dont elle devrait se comporter, il le faisait à titre d'autorité de réglementation du gouvernement qui se souciait de la santé des Canadiens et des Canadiennes. Dans ces circonstances, il est déraisonnable de déduire que le Canada avait promis implicitement d'indemniser l'industrie pour avoir donné suite à sa demande.

Enfin, il convient de radier les demandes de jugement déclaratoire. La capacité des compagnies de tabac de se défendre ne serait pas gravement compromise si la mise en cause du Canada en l'espèce prenait fin.

Cases Cited

Applied: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **referred to:** *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *X v. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council v. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Day v. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias v. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3; *Parnley v. Parnley*, [1945] S.C.R. 635.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **arrêts mentionnés :** *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *X c. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin c. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett c. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council c. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States c. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Day c. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias c. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3; *Parnley c. Parnley*, [1945] R.C.S. 635.

Statutes and Regulations Cited

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, s. 1(1) "supplier".
Department of Agriculture and Agri-Food Act, R.S.C. 1985, c. A-9, s. 4.
Department of Health Act, S.C. 1996, c. 8, s. 4(1).
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§2680(a), (h).
Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2008, c. 27, ss. 8(1), 24(3)(b).
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, rr. 19(24), (27).
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 4.
Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, ss. 1(1) "manufacture", "manufacturer", 2, 3(3)(b).
Tobacco Products Control Act, R.S.C. 1985, c. 14 (4th Suppl.), s. 3 [rep. 1997, c. 13, s. 64].
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457, s. 1 "supplier".

Authors Cited

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "policy".

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, reversing in part a decision of Satanove J. striking out third-party notices, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, reversing in part a decision of Wedge J. striking out third-party notices,

Lois et règlements cités

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « *supplier* ».
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§2680(a), (h).
Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2008, ch. 27, art. 8(1), 24(3)b).
Loi réglementant les produits du tabac, L.R.C. 1985, ch. 14 (4^e suppl.), art. 3 [abr. 1997, ch. 13, art. 64].
Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire, L.R.C. 1985, ch. A-9, art. 4.
Loi sur le ministère de la Santé, L.C. 1996, ch. 8, art. 4(1).
Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 4.
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 19(24), (27).
Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, art. 1(1) « *manufacture* », « *manufacturer* », 2, 3(3)b).
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 1 « *supplier* ».

Doctrines citées

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
Multidictionnaire de la langue française, 5^e éd. Montréal : Québec Amérique, 2009, « politique ».

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, qui a infirmé en partie une décision de la juge Satanove qui a ordonné la radiation des avis de mise en cause, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight c. Imperial Tobacco Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, qui a infirmé en partie une décision de la juge Wedge qui a ordonné la radiation des

2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

John S. Tyhurst, Paul Vickery and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal Her Majesty the Queen in Right of Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada (33563).

Deborah Glendining and Nada Khirdaji, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33559).

Ryan D. W. Dalziel and Daniel A. Webster, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (33563).

John J. L. Hunter, Q.C., and *Brent B. Olthuis*, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33563).

Written submissions only by *Kenneth N. Affleck, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc. and Rothmans Inc. (33563).

Written submissions only by *Jeffrey J. Kay, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Written submissions only by *Craig P. Dennis* and *Michael D. Shirreff*, for the respondents/appellants on cross-appeal B.A.T. Industries p.l.c. and British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Written submissions only by *Christopher M. Rusnak*, for the respondent/appellant on cross-appeal Carreras Rothmans Limited (33563).

Written submissions only by *D. Ross Clark*, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

avis de mise en cause, 2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

John S. Tyhurst, Paul Vickery et Travis Henderson, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst et Travis Henderson, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada (33563).

Deborah Glendining et Nada Khirdaji, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33559).

Ryan D. W. Dalziel et Daniel A. Webster, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (33563).

John J. L. Hunter, c.r., et *Brent B. Olthuis*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33563).

Argumentation écrite seulement par *Kenneth N. Affleck, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges Inc. et Rothmans Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey J. Kay, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company et R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Craig P. Dennis* et *Michael D. Shirreff*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident B.A.T. Industries p.l.c. et British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *Christopher M. Rusnak*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Carreras Rothmans Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *D. Ross Clark*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

Simon V. Potter, Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris International Inc. (33563).

Malliha Wilson and Lynne McArdle, for the intervener the Attorney General of Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell and Michael A. Eizenga, for the intervener Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick (33563).

Nancy Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia (33559-33563).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

TABLE OF CONTENTS

	<u>Paragraph</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Underlying Claims and Judicial History</u> ...	6
A. <i>The Knight Case</i>	6
B. <i>The Costs Recovery Case</i>	11
III. <u>Issues Before the Court</u>	15
IV. <u>Analysis</u>	17
A. <i>The Test for Striking Out Claims</i>	17
B. <i>Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case</i>	27
C. <i>The Claims for Negligent Misrepresentation</i>	32
(1) <u>Stage One: Proximity and Foreseeability</u>	40
(2) <u>Stage Two: Conflicting Policy Considerations</u>	61

Simon V. Potter, Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563).

Malliha Wilson et Lynne McArdle, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell et Michael A. Eizenga, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (33563).

Nancy Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (33559-33563).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Demandes initiales et historique judiciaire</u>	6
A. <i>L'Affaire Knight</i>	6
B. <i>L'Affaire du recouvrement des coûts</i>	11
III. <u>Questions en litige</u>	15
IV. <u>Analyse</u>	17
A. <i>Le critère applicable à la radiation d'une demande</i>	17
B. <i>Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts</i>	27
C. <i>Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence</i>	32
(1) <u>Première étape de l'analyse : le lien de proximité et la prévisibilité</u>	40
(2) <u>Deuxième étape de l'analyse : considérations de politique générale opposées</u>	61

(a) <i>Government Policy Decisions</i>	63	a) <i>Décisions de politique générale du gouvernement</i>	63
(i) <i>Conduct at Issue</i>	67	(i) <i>La conduite en cause</i>	67
(ii) <i>Relevance of Evidence</i>	68	(ii) <i>La pertinence de la preuve</i>	68
(iii) <i>What Constitutes a Policy Decision Immune From Judicial Review?</i>	72	(iii) <i>Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire</i>	72
(iv) <i>Conclusion on the Policy Argument</i>	92	(iv) <i>Conclusion sur l'argument relatif à la politique générale</i> ...	92
(b) <i>Indeterminate Liability</i>	97	b) <i>Responsabilité indéterminée</i>	97
(c) <i>Summary on Stage-Two Policy Arguments</i>	102	c) <i>Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l'analyse</i>	102
D. <i>Failure to Warn</i>	103	D. <i>Le défaut de mise en garde</i>	103
(1) <i>Labelling Claim</i>	104	(1) <i>L'allégation relative à l'étiquetage</i> ...	104
(2) <i>Failure to Warn Imperial About Health Hazards</i>	106	(2) <i>Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé</i>	106
E. <i>Negligent Design</i>	110	E. <i>La conception négligente</i>	110
(1) <i>Prima Facie Duty of Care</i>	112	(1) <i>Obligation de diligence prima facie</i>	112
(2) <i>Stage-Two Policy Considerations</i>	116	(2) <i>Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse</i>	116
F. <i>The Direct Claims Under the Costs Recovery Acts</i>	117	F. <i>Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts</i>	117
(1) <i>Could Canada Qualify as a Manufacturer Under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</i>	121	(1) <i>Le Canada peut-il être un fabricant au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</i>	121
(a) <i>Text of the Statute</i>	122	a) <i>Le texte de la loi</i>	122
(b) <i>Legislative Intention</i>	127	b) <i>L'intention du législateur</i>	127

(c) <i>Broader Context</i>	129	c) <i>Le contexte plus général</i>	129
(d) <i>Summary</i>	132	d) <i>Résumé</i>	132
(2) <u>Could Canada Be Found Liable Under the <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133	(2) <u>Le Canada peut-il être tenu responsable en vertu de la <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133
(3) <u>Could Canada Be Liable for Contribution Under the <i>Negligence Act</i> if It Is Not Directly Liable to British Columbia?</u>	135	(3) <u>Le Canada peut-il être tenu à une contribution en application de la <i>Negligence Act</i> s'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique?</u>	135
(4) <u>Could Canada Be Liable for Common Law Contribution?</u>	138	(4) <u>Le Canada peut-il être tenu en common law de verser une contribution?</u>	138
G. <i>Liability Under the Trade Practice Act and the Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140	G. <i>Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140
H. <i>The Claim for Equitable Indemnity</i>	146	H. <i>La demande d'indemnité fondée sur l'equity</i>	146
I. <i>Procedural Considerations</i>	149	I. <i>Considérations d'ordre procédural</i>	149
V. <u>Conclusion</u>	151	V. <u>Conclusion</u>	151
I. <u>Introduction</u>		I. <u>Introduction</u>	

[1] Imperial Tobacco Canada Ltd. ("Imperial") is a defendant in two cases before the courts in British Columbia, *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: S010421, and *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: L031300. In the first case, the Government of British Columbia is seeking to recover the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of 14 tobacco companies, including Imperial ("*Costs Recovery case*"). The second case is a class action brought against Imperial alone by Mr. Knight on behalf of class members who purchased "light" or "mild" cigarettes, seeking a refund of the cost

[1] Imperial Tobacco Canada Limitée (« Imperial ») est défenderesse dans deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, soit *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : S010421, et *Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : L031300. Dans la première, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche à recouvrer d'un groupe de 14 compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme (l'« *Affaire du recouvrement des coûts* »). Dans la deuxième action, un recours collectif intenté contre Imperial uniquement, M. Knight, au nom

e.g., *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953). The Supreme Court of the United States has since distanced itself from the approach of defining a true policy decision negatively as “not operational”, in favour of an approach that asks whether the impugned state conduct was based on public policy considerations. In *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), White J. faulted the Court of Appeals for relying on “a nonexistent dichotomy between discretionary functions and operational activities” (p. 326). He held that the “discretionary function exception” of the FTCA “protects only governmental actions and decisions based on considerations of public policy” (at p. 323, citing *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988), at p. 537 (emphasis added)), such as those involving social, economic and political considerations: see also *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] In *Gaubert*, only Scalia J. found lingering appeal in defining policy decisions as “not operational”, but only in the narrow sense that people at the operational level will seldom make policy decisions. He stated that “there is something to the planning vs. operational dichotomy — though . . . not precisely what the Court of Appeals believed” (p. 335). That “something” is that “[o]rdinarily, an employee working at the operational level is not responsible for policy decisions, even though policy considerations may be highly relevant to his actions”. For Scalia J., a government decision is a protected policy decision if it “ought to be informed by considerations of social, economic, or political policy and is made by an officer whose official responsibilities include assessment of those considerations”.

cette analyse en distinguant les décisions de politique générale des décisions opérationnelles : p. ex. *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953). La Cour suprême des États-Unis s’est depuis distancée de l’approche qui consiste à décrire de façon négative une véritable décision de politique générale comme une décision [TRADUCTION] « n’étant pas de nature opérationnelle » et favorise une approche visant à déterminer si la conduite contestée de l’État reposait sur des considérations d’intérêt public. Dans *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), le juge White a reproché à la Court of Appeals de se fonder sur une [TRADUCTION] « dichotomie inexistante entre les fonctions discrétionnaires et les activités opérationnelles » (p. 326). Selon lui, l’« exception relative aux fonctions discrétionnaires » prévue par la FTCA « ne vise que les mesures et les décisions du gouvernement qui reposent sur des considérations d’intérêt public » (p. 323, citant *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988), p. 537 (je souligne)), comme celles faisant intervenir des considérations sociales, économiques ou politiques; voir aussi *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] Dans *Gaubert*, seul le juge Scalia trouvait encore attrayante l’idée de définir les décisions de politique générale comme des décisions [TRADUCTION] « n’étant pas de nature opérationnelle », mais seulement au sens strict selon lequel les employés au niveau opérationnel prennent rarement des décisions de politique générale. Selon lui, [TRADUCTION] « un facteur intervient dans la dichotomie entre la planification et les opérations [. . .] mais ce n’est pas tout à fait ce que les cours d’appel avaient en tête » (p. 335). Ce « facteur », c’est que, « [h]abituellement, un employé au niveau opérationnel n’a pas à prendre des décisions de politique générale, même si ses actes peuvent être étroitement liés à des considérations de cette nature ». D’après le juge Scalia, une décision du gouvernement constitue une décision de politique générale bénéficiant de protection si elle « doit tenir compte de considérations sociales, économiques ou politiques et si elle est prise par un fonctionnaire dont l’une des responsabilités officielles consiste à évaluer ces considérations ».

[84] A review of the jurisprudence provokes the following observations. The first is that a test based simply on the exercise of government discretion is generally now viewed as too broad. Discretion can imbue even routine tasks, like driving a government vehicle. To protect all government acts that involve discretion unless they are irrational simply casts the net of immunity too broadly.

[85] The second observation is that there is considerable support in all jurisdictions reviewed for the view that “true” or “core” policy decisions should be protected from negligence liability. The current Canadian approach holds that only “true” policy decisions should be so protected, as opposed to operational decisions: *Just*. The difficulty in defining such decisions does not detract from the fact that the cases keep coming back to this central insight. Even the most recent “justiciability” test in the U.K. looks to this concept for support in defining what should be viewed as justiciable.

[86] A third observation is that defining a core policy decision negatively as a decision that is not an “operational” decision may not always be helpful as a stand-alone test. It posits a stark dichotomy between two water-tight compartments — policy decisions and operational decisions. In fact, decisions in real life may not fall neatly into one category or the other.

[87] Instead of defining protected policy decisions negatively, as “not operational”, the majority in *Gaubert* defines them positively as discretionary legislative or administrative decisions and conduct that are grounded in social, economic, and

[84] Les observations suivantes s'imposent comme suite à l'analyse de la jurisprudence. Premièrement, un critère fondé uniquement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement est maintenant perçu par la plupart des tribunaux comme étant trop général. Même les tâches courantes, comme la conduite d'un véhicule du gouvernement, peuvent requérir l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire. Soustraire à l'examen judiciaire tous les actes de l'administration publique qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire, pourvu qu'ils ne soient pas irrationnels, a pour effet de donner une portée trop large à l'immunité.

[85] Deuxièmement, un grand nombre de tribunaux dans tous les ressorts visés par l'analyse s'entendent pour dire que l'État devrait être soustrait à toute responsabilité pour négligence dans les cas de « véritables » décisions de politique générale ou de décisions de politique générale « fondamentale ». Selon le point de vue qui prévaut au Canada, seules les « véritables » décisions de politique générale (par opposition aux décisions opérationnelles) ne devraient pas donner prise à cette responsabilité : *Just*. La difficulté liée à la détermination des décisions de cette nature ne change rien au fait que les tribunaux s'en remettent encore à ces indications essentielles. Même le critère de « justiciabilité » établi tout récemment au Royaume-Uni s'inspire de ce concept pour déterminer ce qui doit être perçu comme étant justiciable.

[86] Troisièmement, le fait de définir négativement une décision de politique générale fondamentale comme une décision n'étant pas de nature « opérationnelle » ne constitue peut-être pas un critère distinct utile dans tous les cas. Ce critère suppose une nette dichotomie entre deux compartiments étanches : les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Dans les faits, il est possible que les décisions n'appartiennent pas clairement à l'une ou l'autre de ces catégories.

[87] Au lieu de définir négativement les décisions de politique générale à l'abri de l'examen judiciaire comme des décisions [TRADUCTION] « n'étant pas de nature opérationnelle », les juges majoritaires dans *Gaubert* les décrivent positivement comme

political considerations. Generally, policy decisions are made by legislators or officers whose official responsibility requires them to assess and balance public policy considerations. The decision is a considered decision that represents a “policy” in the sense of a general rule or approach, applied to a particular situation. It represents “a course or principle of action adopted or proposed by a government”: *New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 1434. When judges are faced with such a course or principle of action adopted by a government, they generally will find the matter to be a policy decision. The weighing of social, economic, and political considerations to arrive at a course or principle of action is the proper role of government, not the courts. For this reason, decisions and conduct based on these considerations cannot ground an action in tort.

[88] Policy, used in this sense, is not the same thing as discretion. Discretion is concerned with whether a particular actor had a choice to act in one way or the other. Policy is a narrow subset of discretionary decisions, covering only those decisions that are based on public policy considerations, like economic, social and political considerations. Policy decisions are always discretionary, in the sense that a different policy could have been chosen. But not all discretionary decisions by government are policy decisions.

[89] While the main focus on the *Gaubert* approach is on the nature of the decision, the role of the person who makes the decision may be of assistance. Did the decision maker have the responsibility of looking at social, economic or political factors and formulating a “course” or “principle” of action with respect to a particular problem facing the government? Without suggesting that

étant des décisions et des mesures discrétionnaires d'ordre législatif ou administratif qui se fondent sur des considérations sociales, économiques ou politiques. Les décisions de politique générale sont habituellement prises par le législateur ou un fonctionnaire tenu officiellement d'évaluer et de mettre en balance des considérations d'intérêt public. La décision est réfléchie et traduit une « politique générale » dans le sens d'une règle ou orientation générale appliquée dans une situation précise. La politique désigne une « ligne de conduite adoptée par un organisme [...] public » : *Multidictionnaire de la langue française*, p. 1261. Les juges saisis d'une pareille ligne de conduite adoptée par un organisme public estiment généralement qu'il s'agit d'une décision de politique générale. Il appartient véritablement au gouvernement, et non aux tribunaux, de mettre en balance des considérations sociales, économiques et politiques pour en arriver à une ligne de conduite. C'est pourquoi les décisions et les actes reposant sur ces considérations ne sauraient fonder une action en responsabilité délictuelle.

[88] Utilisée dans ce sens, la notion de politique générale diffère de la notion de pouvoir discrétionnaire. Un tel pouvoir dépend de la question de savoir si un acteur donné a la faculté de choisir d'agir d'une façon ou d'une autre. Les politiques générales forment un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires, et n'englobent que les décisions fondées sur des considérations d'intérêt public, comme des considérations d'ordre économique, social ou politique. Toutes les décisions de politique générale sont discrétionnaires, en ce sens qu'une politique différente aurait pu être retenue. Toutefois, les décisions discrétionnaires du gouvernement ne sont pas toutes des décisions de politique générale.

[89] Bien que l'approche préconisée dans *Gaubert* mette l'accent sur la nature de la décision, le rôle du décideur peut se révéler utile. Ce dernier était-il chargé d'étudier les facteurs sociaux, économiques ou politiques et d'élaborer une « ligne de conduite » à l'égard d'un problème auquel fait face le gouvernement? Sans prétendre qu'il est possible de répondre à la question en invoquant

the question can be resolved simply by reference to the rank of the actor, there is something to Scalia J.'s observation in *Gaubert* that employees working at the operational level are not usually involved in making policy choices.

[90] I conclude that “core policy” government decisions protected from suit are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. This approach is consistent with the basic thrust of Canadian cases on the issue, although it emphasizes positive features of policy decisions, instead of relying exclusively on the quality of being “non-operational”. It is also supported by the insights of emerging jurisprudence here and elsewhere. This said, it does not purport to be a litmus test. Difficult cases may be expected to arise from time to time where it is not easy to decide whether the degree of “policy” involved suffices for protection from negligence liability. A black and white test that will provide a ready and irrefutable answer for every decision in the infinite variety of decisions that government actors may produce is likely chimerical. Nevertheless, most government decisions that represent a course or principle of action based on a balancing of economic, social and political considerations will be readily identifiable.

[91] Applying this approach to motions to strike, we may conclude that where it is “plain and obvious” that an impugned government decision is a policy decision, the claim may properly be struck on the ground that it cannot ground an action in tort. If it is not plain and obvious, the matter must be allowed to go to trial.

simplement le niveau hiérarchique du décideur, on peut s'inspirer de l'observation faite par le juge Scalia dans *Gaubert* selon laquelle les employés au niveau opérationnel ne participent habituellement pas à la prise de décisions de politique générale.

[90] Je conclus que les décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement à l'égard desquelles ce dernier est soustrait aux poursuites se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Cette approche concorde avec le message essentiel de la jurisprudence canadienne à cet égard, bien qu'elle fasse ressortir des caractéristiques positives des décisions de politique générale, au lieu de se fonder exclusivement sur le fait qu'elles ne sont pas de « nature opérationnelle ». Elle est aussi étayée par les réflexions faites dans la nouvelle jurisprudence canadienne et étrangère. Cela dit, elle n'est pas censée constituer un critère décisif. On peut s'attendre à ce que surviennent de temps à autre des situations délicates où il n'est pas facile de décider si le degré de « politique générale » en cause suffit à mettre une décision à l'abri de toute responsabilité pour négligence. Il serait illusoire de vouloir établir un critère absolu qui donnerait rapidement et infailliblement une réponse à l'égard de toute décision parmi la gamme infinie de celles que peuvent prendre les acteurs gouvernementaux. On pourra néanmoins facilement cerner la plupart des décisions gouvernementales qui représentent une ligne de conduite fondée sur une mise en balance de considérations économiques, sociales et politiques.

[91] L'application de l'approche exposée ci-dessus aux requêtes en radiation nous permet de conclure que, dans les cas où il est « évident et manifeste » qu'une décision contestée du gouvernement constitue une décision de politique générale, l'allégation peut à juste titre être radiée au motif qu'elle ne saurait fonder une action en responsabilité délictuelle. S'il n'est pas évident et manifeste qu'il s'agit d'une décision de politique générale, il faut permettre l'instruction de l'affaire.

(iv) Conclusion on the Policy Argument

[92] As discussed, the question is whether the alleged representations of Canada to the tobacco companies that low-tar cigarettes are less harmful to health are matters of policy, in the sense that they constitute a course or principle of action of the government. If so, the representations cannot ground an action in tort.

[93] The third-party notices plead that Canada made statements to the public (and to the tobacco companies) warning about the hazards of smoking, and asserting that low-tar cigarettes are less harmful than regular cigarettes; that the representations that low-tar cigarettes are less harmful to health were false; and that insofar as consumption caused extra harm to consumers for which the tobacco companies are held liable, Canada is required to indemnify the tobacco companies and/or contribute to their losses.

[94] The third-party notices implicitly accept that in making the alleged representations, Health Canada was acting out of concern for the health of Canadians, pursuant to its policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. They assert, in effect, that Health Canada had a policy to warn the public about the hazardous effects of smoking, and to encourage healthier smoking habits among Canadians. The third-party claims rest on the allegation that Health Canada accepted that some smokers would continue to smoke despite the adverse health effects, and decided that these smokers should be encouraged to smoke lower-tar cigarettes.

[95] In short, the representations on which the third-party claims rely were part and parcel of a government policy to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes. This was a “truc” or “core” policy, in the sense of a course or principle of action that the government

(iv) Conclusion sur l'argument relatif à la politique générale

[92] Comme je l'ai indiqué, il s'agit de savoir si les déclarations qu'aurait faites le Canada aux compagnies de tabac, selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nuisibles pour la santé, sont des questions de politique générale, en ce sens qu'elles constituent une ligne de conduite du gouvernement. Dans l'affirmative, ces déclarations ne peuvent fonder une action en responsabilité délictuelle.

[93] On soutient dans les avis de mise en cause que le Canada a mis en garde la population (et les compagnies de tabac) contre les dangers de l'usage du tabac et a affirmé que les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nocives que les cigarettes ordinaires. On soutient aussi que ces déclarations étaient fausses et que, dans la mesure où l'usage du tabac a causé aux consommateurs un préjudice additionnel dont sont tenues responsables les compagnies de tabac, le Canada doit indemniser celles-ci ou éprouver une partie de leurs pertes.

[94] Les avis de mise en cause concèdent implicitement que Santé Canada a fait les déclarations qu'on lui attribue par souci pour la santé des Canadiens et Canadiennes, conformément à sa politique d'inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Ils mentionnent en fait que Santé Canada avait pour politique de mettre en garde la population contre les effets nocifs de l'usage du tabac, et d'encourager les Canadiens et Canadiennes à fumer plus sainement. Les demandes de mise en cause reposent sur l'allégation que Santé Canada s'est résigné à ce que certaines personnes continuent de fumer malgré les effets nuisibles de cette habitude sur leur santé, et a décidé qu'il convenait de les inciter à fumer des cigarettes à faible teneur en goudron.

[95] En bref, les déclarations sur lesquelles s'appuient les demandes de mise en cause faisaient partie intégrante d'une politique générale du gouvernement visant à inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Il s'agissait d'une « véritable »

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Linda Lippé, Jean-Pierre Paradis, Serge Robitaille, Yvon Deblois, Martin Lapierre, Gérard Gagnon, Georges Malenfant, André Lessard, Karl Berger, Antonio Lamonde and Éric Desbiens *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the R.C.M. of Jacques-Cartier and the Municipality of Fossambault-sur-le-Lac *Intervenors*

and

Mr. Gilles Charest, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Loretteville), Mr. Alain Turgeon, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Beauport), Mr. Jean-Pierre Gignac, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Charlesbourg), Mr. Pierre Nadeau, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Vanier), Mr. Marc Jessop, *ès qualités* et al. (Municipal Court of Ste-Foy) *Mis en cause*

INDEXED AS: R. v. LIPPÉ

File No.: 22072.

1990: December 5*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 11(d) of Canadian Charter of

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

^a Linda Lippé, Jean-Pierre Paradis, Serge Robitaille, Yvon Deblois, Martin Lapierre, Gérard Gagnon, Georges Malenfant, André Lessard, Karl Berger, Antonio Lamonde et ^b Éric Desbiens *Intimés*

et

^c Le procureur général de l'Ontario, la M.R.C. de la Jacques-Cartier et la municipalité de Fossambault-sur-le-Lac *Intervenants*

^d et

M^e Gilles Charest, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Loretteville), M^e Alain Turgeon, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Beauport), M^e Jean-Pierre Gignac, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Charlesbourg), M^e Pierre Nadeau, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Vanier), M^e Marc Jessop, *ès qualités* et al. (Cour municipale de Ste-Foy) *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: R. c. LIPPÉ

^g N^o du greffe: 22072.

1990: 5 décembre*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales*

* Reasons delivered on June 6, 1991.

* Motifs déposés le 6 juin 1991.

Rights and Freedoms — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Independent and impartial tribunal — Municipal courts — Institutional impartiality — Scope of judicial independence — Quebec municipal court system allowing part-time judges to continue to practise law — Whether municipal court system infringed s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12 — Test for institutional impartiality — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 608, 608.1.

The respondents were charged with various infractions of municipal regulations and of the *Highway Safety Code*. They brought motions for evocation, *certiorari* and prohibition before the Superior Court, alleging that certain provisions of the *Cities and Towns Act* and the *Municipal Courts Act* violated their right to a fair hearing before an independent and impartial tribunal guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court found that the municipal court system failed to meet the standards of judicial independence and impartiality under both *Charters* and granted the motions. The majority of the Court of Appeal affirmed the judgment and, at the respondents' request, declared ss. 608 and 608.1 of the *Cities and Towns Act* inoperative, as violating s. 11(d) of the *Canadian Charter*. The majority decided that these provisions, which allowed part-time municipal court judges to continue to practise as lawyers, could reasonably cause a well-informed person to fear that his right under s. 11(d) was not sufficiently guaranteed. Sections 608 and 608.1 could not be saved under s. 1 of the *Canadian Charter*. The Court of Appeal did not address s. 23 of the *Quebec Charter*. This appeal is to determine whether, under the statutory scheme in place in the province of Quebec, a municipal court judge (with the exception of those presiding in Montréal, Laval and Québec) constitutes an "independent and impartial tribunal". The challenge is to the structure of the municipal court system which allows part-time judges to continue to practise law.

viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Tribunal indépendant et sans préjugés — Cours municipales — Impartialité institutionnelle — Portée de l'indépendance judiciaire — Le système des cours municipales du Québec permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit — Le système des cours municipales viole-t-il l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12 — Critère applicable à l'impartialité institutionnelle — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 608, 608.1.

Les intimés ont été accusés de diverses infractions aux règlements municipaux et au *Code de la sécurité routière*. Ils ont présenté des requêtes en évocation et en délivrance de brefs de *certiorari* et de prohibition devant la Cour supérieure, alléguant que certaines dispositions de la *Loi sur les cités et villes* et de la *Loi sur les cours municipales* violaient leur droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial qui leur est conféré par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et leur droit à une audition impartiale devant un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé que leur reconnaît l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure a conclu que le système des cours municipales ne respectait pas les normes d'indépendance et d'impartialité ou d'absence de préjugés des tribunaux imposées par les deux *Chartes* et elle a accueilli les requêtes. La Cour d'appel à la majorité a confirmé ce jugement et, à la demande des intimés, a déclaré inopérants les art. 608 et 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* pour le motif qu'ils violaient l'al. 11d) de la *Charte canadienne*. Les juges formant la majorité ont décidé que ces dispositions, qui permettaient aux juges municipaux à temps partiel de continuer à exercer leur profession d'avocat, pouvaient raisonnablement amener une personne bien informée à craindre que le droit que lui confère l'al. 11d) ne soit pas suffisamment garanti. Les articles 608 et 608.1 ne pouvaient pas être sauvegardés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Ce pourvoi vise à déterminer si, en vertu du régime légal en vigueur dans la province de Québec, les juges municipaux (à l'exception de ceux qui siègent à Montréal, Laval et Québec) constituent un «tribunal indépendant et impartial» ou un «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé». La contestation porte sur la structure des cours municipales qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The Quebec system of part-time municipal court judges who are allowed to practise law does not infringe the guarantee of judicial impartiality under s. 11(d) of the Canadian Charter and s. 23 of the Quebec Charter. The aspects pertaining to the status of municipal judges as practising lawyers challenged in this case can be regarded as pertaining to institutional impartiality and the analysis made in this respect by Lamé C.J. is concurred with.

While the precise scope of "judicial independence" is not an issue in this appeal, understanding the scope of this principle is important to the full protection of "judicial impartiality". An independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the Canadian Charter and s. 23 of the Quebec Charter must be both independent from government and independent from the parties to the litigation.

Per Lamé C.J. and Sopinka and Cory JJ.: The issue in this appeal is not one of "judicial independence". The content of judicial independence is to be determined with reference to our constitutional tradition and is limited to independence from the government. The concept of "government" refers not only to the executive or legislative branches but also to any person or body which can exert pressure on the judiciary through authority under the state, including any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges. Since the issue before this Court raises no allegations concerning the relationship of the state (including the Quebec Bar) with the municipal courts, it is assumed that the three criteria for judicial independence articulated by this Court in *Valente* are satisfied.

The issue in this appeal should be characterized as one of "institutional impartiality". Like the requirement of judicial independence, the requirement of judicial impartiality has both an individual and an institutional aspect and both aspects are encompassed by the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal". Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Le système québécois des juges municipaux à temps partiel autorisés à pratiquer le droit ne porte pas atteinte à la garantie d'impartialité judiciaire prévue à l'al. 11d) de la Charte canadienne et à l'art. 23 de la Charte québécoise. Les aspects relatifs au statut des juges municipaux qui continuent d'exercer leur profession, contestés en l'espèce, peuvent être considérés comme se rapportant à l'impartialité institutionnelle et il est souscrit à l'analyse effectuée à cet égard par le juge en chef Lamé.

Même si la portée précise de l'«indépendance judiciaire» n'est pas en cause dans ce pourvoi, il importe de saisir la portée de ce principe si on veut assurer la pleine protection de l'«impartialité judiciaire». Un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la Charte canadienne et de l'art. 23 de la Charte québécoise doit être indépendant aussi bien vis-à-vis du gouvernement que vis-à-vis des parties au litige.

Le juge en chef Lamé et les juges Sopinka et Cory: La question litigieuse en l'espèce ne porte pas sur l'«indépendance judiciaire». Le contenu du principe de l'indépendance judiciaire doit se déterminer en fonction de notre tradition constitutionnelle et il se limite à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. La notion de «gouvernement» désigne non seulement les pouvoirs exécutif et législatif, mais aussi toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État, y compris toute personne et tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges. Puisque la question soumise à notre Cour ne soulève aucune allégation à l'égard des rapports entre l'État (y compris le Barreau du Québec) et les cours municipales, il est présumé qu'il est satisfait aux trois critères applicables à l'indépendance judiciaire que notre Cour a exposés dans l'arrêt *Valente*.

La question en litige dans ce pourvoi devrait être décrite comme visant l'«impartialité institutionnelle». Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire, l'exigence d'impartialité judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel et les deux aspects sont englobés par la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan

of impartiality is not met. The appearance of impartiality is important for public confidence in the system.

The fact that judges are part-time does not in itself raise a reasonable apprehension of bias on an institutional level, but certain activities or professions in which they engage may be incompatible with their duties as judges and raise such a bias. Here, the Quebec municipal court system, which permits part-time judges to continue to practise law, meets the requirements of institutional impartiality under s. 11(d) of the Canadian Charter and s. 23 of the Quebec Charter. Even though the occupation of practising law is *per se* incompatible with the functions of a judge because it gives rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases, a careful consideration of the legislative safeguards now in place, and in particular the safeguards against possible situations of conflicts of interest, shows that the risks of bias have been minimized. Judicial immunity, the oath sworn by the judges, the Code of ethics to which they are subject, and the restrictions set out in s. 608.1 of the *Cities and Towns Act* all combine to alleviate the apprehension of bias. It follows that, with full knowledge of the Quebec municipal court system, including all of its safeguards, a reasonably well-informed person should not have an apprehension of bias in a substantial number of cases. While it may be true that a judge will not always be aware of a conflict, that possibility can be dealt with on a case-by-case basis.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; Eur. Court H. R., *Ringeisen* case, judgment of 16 July 1971, Series A No. 13; Eur. Court H. R., case of *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, judgment of 23 June 1981, Series A No. 43; Eur. Court H. R., *Piersack* case, judgment of 1 October 1982, Series A No. 53; Eur. Court H. R., case of *Campbell and Fell*, judgment of 28 June 1984, Series A No. 80.

By Lamer C.J.

Referred to: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981; *Tessier v. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553; *MacBain v. Lederman*,

institutionnel, il n'est pas satisfait à l'exigence d'impartialité. L'apparence d'impartialité est importante pour assurer la confiance du public dans le système.

Le fait que les juges sont juges à temps partiel ne soulève pas en soi une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, mais certaines activités ou professions qu'ils exercent peuvent être incompatibles avec leurs fonctions de juges et soulever pareille crainte de partialité. En l'espèce, le système québécois des cours municipales, qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit, satisfait aux exigences de l'impartialité institutionnelle prévue à l'al. 11d) de la Charte canadienne et à l'art. 23 de la Charte québécoise. Même si la pratique du droit est intrinsèquement incompatible avec les fonctions d'un juge parce qu'elle soulève, dans un grand nombre de cas, une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée, une étude attentive des garanties législatives existantes, et en particulier des garanties contre les possibilités de conflits d'intérêts, montre que les risques de partialité ont été réduits au minimum. L'immunité judiciaire, le serment prêté par les juges, le Code de déontologie auquel ils sont assujettis et les restrictions exposées à l'art. 608.1 de la *Loi sur les cités et villes* se combinent tous pour atténuer la crainte de partialité. Il s'ensuit qu'une personne raisonnablement bien informée, qui connaît parfaitement le système des cours municipales du Québec, y compris toutes les garanties qu'il comporte, ne devrait pas éprouver de crainte de partialité dans un grand nombre de cas. Bien qu'il puisse être vrai qu'un juge ne sera pas toujours conscient de l'existence d'un conflit d'intérêts, cette possibilité peut faire l'objet d'un examen cas par cas.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; Cour Eur. D. H., affaire *Ringeisen*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13; Cour Eur. D. H., affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43; Cour Eur. D. H., affaire *Piersack*, arrêt du 1^{er} octobre 1982, série A n° 53; Cour Eur. D. H., affaire *Campbell et Fell*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Braconnier*, [1988] R.J.Q. 981; *Tessier c. Paquet*, [1988] R.J.Q. 2553; *MacBain c. Leder-*

[1985] 1 F.C. 856; *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

man, [1985] 1 C.F. 856; *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting certain aspects of the status of municipal judges, S.Q. 1988, c. 74.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d), 32.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23 [am. 1982, c. 17, s. 42].

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 605, 606.1 [ad. 1988, c. 74, s. 2], 607 [repl. *idem*, s. 3], 607.1 [*idem*], 608 [*idem*], 608.1 [*idem*], 609.1 [*idem*], 615.1 [ad. *idem*, s. 5].

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 234.

Code of ethics for municipal judges of Québec, R.R.Q. 1981—Supplément, p. 1272.

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 261, 262 [am. 1980, c. 11, s. 99; am. 1988, c. 21, s. 57; am. c. 74, s. 8], 263 to 281.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXVII.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, Art. 6(1).

Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2.

Magistrate's Privileges Act, R.S.Q., c. P-24, s. 1 [am. 1982, c. 32, s. 117; am. 1988, c. 21, s. 116].

Municipal Courts Act, R.S.Q., c. C-72, ss. 2 [am. 1982, c. 32, s. 78], 7.1 [ad. 1982, c. 2, s. 40; am. c. 32, s. 80], 7.3 [ad. 1982, c. 2, s. 40].

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d), 32. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 23 [mod. 1982, ch. 17, art. 42].

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXVII.

Code de déontologie des juges municipaux du Québec, R.R.Q. 1981—Supplément, p. 1272.

Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 234.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 6(1).

Loi sur certains aspects du statut des juges municipaux, L.Q. 1988, ch. 74.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 605, 606.1 [aj. 1988, ch. 74, art. 2], 607 [rempl. *idem*, art. 3], 607.1 [*idem*], 608 [*idem*], 608.1 [*idem*], 609.1 [*idem*], 615.1 [aj. *idem*, art. 5].

Loi sur les cours municipales, L.R.Q., ch. C-72, art. 2 [mod. 1982, ch. 32, art. 78], 7.1 [aj. 1982, ch. 2, art. 40; mod. ch. 32, art. 80], 7.3 [aj. 1982, ch. 2, art. 40].

Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q., ch. P-24, art. 1 [mod. 1982, ch. 32, art. 117; mod. 1988, ch. 21, art. 116].

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 261, 262 [mod. 1980, ch. 11, art. 99; mod. 1988, ch. 21, art. 57; mod. ch. 74, art. 8], 263 à 281.

Authors Cited

Atkinson, William J. "L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés". Dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149.

Blache, Pierre. "L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne". Dans *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 55.

Doctrine citée

Atkinson, William J. «L'indépendance et l'impartialité des tribunaux administratifs sous la Charte des droits et libertés». Dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 149.

Blache, Pierre. «L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d de la Charte canadienne». Dans *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 55.

Garant, Patrice. "La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme" (1991), 36 *McGill L.J.* 39.

Greene, Ian. "The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada" (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177. ^a

Keable, Jean F. "Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)". Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 251. ^b

Pépin, Gilles. "L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1990), 50 *R. du B.* 766. ^c

Québec. Ministre de la Justice. Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales. *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*. Québec, 1988. ^d

Shetreet, Shimon. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976.

Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. ^e

Singhvi, L. M. "Independence of Justice in the World". Keynote Address Delivered at the Inaugural Session of the National Seminar on Justice: *Independence and Accountability*. Canadian Institute for the Administration of Justice. Montréal, October 15-17, 1987. ^f

Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983. In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. ^g

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161, affirming a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 2372, 48 M.P.L.R. 123. Appeal allowed. ^h

Jean-Yves Bernard, Claude Bouchard and Marise Visocchi, for the appellant. ^j

Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée à la Première conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, 10 juin 1983. Dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, éd., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Garant, Patrice. «La justice municipale au regard des chartes: quelques observations au lendemain de la grande réforme» (1991), 36 *R.D. McGill* 39.

Greene, Ian. «The Doctrine of Judicial Independence Developed by the Supreme Court of Canada» (1988), 26 *Osgoode Hall L.J.* 177.

Keable, Jean F. «Les tribunaux administratifs et organismes de régulation et les exigences de la Charte en matière d'indépendance et d'impartialité (art. 23, 56.1 de la Charte québécoise)». Dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Formation permanente du Barreau du Québec. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 251.

Pépin, Gilles. «L'indépendance des tribunaux administratifs et l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1990), 50 *R. du B.* 766.

Québec. Ministre de la Justice. Rapport du Groupe de travail sur les Cours municipales. *Les cours municipales au Québec: un projet de réforme*. Québec, 1988. ^e

Shetreet, Shimon. *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*. Amsterdam: North-Holland Publishing Co., 1976. ^f

Shetreet, Shimon. «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges». In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. ^g

Singhvi, L. M. «Independence of Justice in the World». Allocution prononcée lors de la session inaugurale du Colloque national sur la Justice: *Indépendance et Imputabilité*. Institut canadien de l'administration de la Justice. Montréal, 15 au 17 octobre 1987. ^h

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2200, 60 C.C.C. (3d) 34, 80 C.R. (3d) 1, 31 Q.A.C. 161, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 2372, 48 M.P.L.R. 123. Pourvoi accueilli.

Jean-Yves Bernard, Claude Bouchard et Marise Visocchi, pour l'appellant. ^j

Paul Larochelle, Pierre Béliveau and Maurice Dussault, for the respondent Lippé.

Herman Bédard, for the other respondents.

W. J. Blacklock and Rebecca Regenstreif, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Claude Jean, for the interveners the R.C.M. of Jacques-Cartier and the Municipality of Fossambault-sur-le-Lac.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This appeal focuses on the content that is to be given to the concept of “independent and impartial tribunal” in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Specifically, this Court was asked to decide whether, under the statutory scheme in place in the province of Quebec, a municipal court judge (with the exception of those presiding in Montréal, Laval and Québec) constitutes an “independent and impartial tribunal”. No one is alleging that any particular municipal court judge is lacking the judicial requirements of independence and impartiality, but rather the challenge is to the structure of the municipal court system which allows part-time judges to continue to practise law.

This appeal was heard on December 5, 1990. Due to the urgent nature of the situation, judgment was rendered at that time, with reasons to follow. This Court unanimously allowed the appeal and upheld the Quebec system of municipal courts, finding no infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter* or of s. 23 of the *Quebec Charter*.

The Facts

On April 20, 1989, the respondents brought motions for evocation and *certiorari* and prohibition before Viens J. of the Quebec Superior Court. The

Paul Larochelle, Pierre Béliveau et Maurice Dussault, pour l'intimée Lippé.

Herman Bédard, pour les autres intimés.

W. J. Blacklock et Rebecca Regenstreif, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Claude Jean, pour les intervenantes la M.R.C. de la Jacques-Cartier et la municipalité de Fossambault-sur-le-Lac.

Les motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi porte sur le sens qu'il convient de donner au concept d'un «tribunal indépendant et impartial» ou «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé» que l'on trouve, respectivement, à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Plus particulièrement, on a demandé à notre Cour de décider si, en vertu du régime légal en vigueur dans la province de Québec, les juges municipaux (à l'exception de ceux qui siègent à Montréal, Laval et Québec) constituent un «tribunal indépendant et impartial» ou un «tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé». Nul ne prétend qu'un juge municipal particulier ne possède pas l'impartialité et l'indépendance nécessaires à l'exercice des fonctions judiciaires; la contestation porte plutôt sur la structure des cours municipales qui permet aux juges à temps partiel de continuer à pratiquer le droit.

Ce pourvoi a été entendu le 5 décembre 1990. Étant donné le caractère urgent de la situation, jugement a été rendu à ce moment, les motifs devant suivre plus tard. Cette Cour a accueilli le pourvoi à l'unanimité et a maintenu le système des cours municipales, concluant qu'il ne violait ni l'al. 11d) de la *Charte canadienne* ni l'art. 23 de la *Charte québécoise*.

Les faits

Le 20 avril 1989, les intimés ont présenté des requêtes en évocation et en délivrance de brefs de *certiorari* et de prohibition devant le juge Viens de la

independence is to be determined with reference to our constitutional tradition and is therefore limited to independence from the government. Although the language in *Beauregard*, *supra*, may seem to have expanded the concept, it is to be remembered that the *ratio* of the case extended the requirement beyond the executive to the legislative branch of government. This point is in fact emphasized in the paragraph subsequent to the one relied on by the respondents (at p. 73):

I emphasize the word "all" in the previous sentence because, although judicial independence is usually considered and discussed in terms of the relationship between the judiciary and the executive branch, in this appeal the relevant relationship is between the judiciary and Parliament. Nothing turns on this contextual difference.

I do not intend, however, to limit this concept of "government" to simply the executive or legislative branches. By "government", in this context, I am referring to any person or body, which can exert pressure on the judiciary through authority under the state. This expansive definition encompasses, for example, the Canadian Judicial Council or any Bar Society. I would also include any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges; for example, members of the Court must enjoy judicial independence and be able to exercise their judgment free from pressure or influence from the Chief Justice. I emphasize that in expanding the word "government" for the purposes of defining "judicial independence", I in no way intend to set out a definition for the purposes of s. 32 of the Canadian *Charter*.

The facts of this case raise no "independence" problem because the Barreau du Québec has no authority over the municipal court judge in his or her capacity as a judge. However, if legislation provided for the discipline of municipal court judges by the Barreau du Québec, such provisions would raise problems of judicial independence.

Giving "judicial independence" narrowed content does not result in a narrowed constitutional guarantee. Section 11(d) of the Canadian *Charter* and s. 23

judiciaire doit se déterminer en fonction de notre tradition constitutionnelle et il est donc limité à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement. Bien que le texte de l'arrêt *Beauregard*, précité, puisse sembler avoir élargi le concept, il faut se rappeler que le raisonnement de l'affaire a fait porter l'exigence au-delà de l'exécutif jusqu'au pouvoir législatif du gouvernement. Le paragraphe qui suit celui sur lequel s'appuient les intimés souligne d'ailleurs ce point (à la p. 73):

Je mets l'accent sur le mot «tous» dans la phrase précédente parce que, bien que l'indépendance judiciaire soit habituellement étudiée et analysée en fonction du rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, dans le présent pourvoi le rapport pertinent est celui qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement. Rien ne dépend de cette différence contextuelle.

Je n'entends toutefois pas limiter cette notion de «gouvernement» aux simples pouvoirs exécutif et législatif. Par l'expression «gouvernement», dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État. Cette large définition englobe, par exemple, le Conseil canadien de la magistrature et tout Barreau. J'inclurais aussi toute personne et tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges; par exemple, les membres de la Cour doivent jouir de l'indépendance judiciaire et être en mesure d'exercer leur jugement sans faire l'objet de pression ou d'influence de la part du Juge en chef. Je souligne qu'en élargissant le sens du mot «gouvernement» pour définir l'expression «indépendance judiciaire», je n'entends nullement donner une définition aux fins de l'art. 32 de la *Charte* canadienne.

Les faits de l'espèce ne soulèvent aucun problème d'«indépendance» parce que le Barreau du Québec n'exerce aucune autorité sur les juges municipaux en leur qualité de juges. Cependant, si une mesure législative assujettissait les juges municipaux à la discipline du Barreau du Québec, cette disposition souleverait des problèmes d'indépendance judiciaire.

Le fait de donner à l'«indépendance judiciaire» un sens restreint ne réduit pas pour autant la garantie constitutionnelle. L'alinéa 11d) de la *Charte* cana-

of the Quebec *Charter* guarantee independence and impartiality. As this Court stated in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 826, judicial independence is an underlying condition which contributes to the guarantee of an impartial hearing:

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by a judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge's impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case.

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a "means" to this "end". If judges could be perceived as "impartial" without judicial "independence", the requirement of "independence" would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public's perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

However, the facts of this case make it clear that in some situations, judicial independence may not be sufficient. Judicial independence is only one component of judicial impartiality:

[A] lack of independence could be considered a good indicator of a lack of impartiality. However, a lack of impartiality taken alone does not necessarily mean a lack of independence. The absence of impartiality could be caused by a number of factors, of which lack of independence is only one.

(Greene, *op. cit.*, at p. 194.)

dienne et l'art. 23 de la *Charte* québécoise garantissent l'indépendance et l'impartialité. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, à la p. 826, l'indépendance judiciaire est une condition fondamentale qui contribue à la garantie d'un procès dénué de partialité:

Il faut remarquer que l'indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l'impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, l'impartialité a trait à l'état d'esprit d'un juge; l'indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu'il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n'est pas de savoir si l'acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l'impartialité d'un juge, mais plutôt de savoir s'il menace l'indépendance qui est la condition fondamentale de l'impartialité judiciaire dans un cas donné.

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.

Cependant, les faits de l'espèce montrent clairement que, dans certaines situations, il peut arriver que l'indépendance judiciaire ne soit pas suffisante. L'indépendance judiciaire n'est qu'un élément de l'impartialité judiciaire:

[TRADUCTION] [L']absence d'indépendance pourrait être considérée comme un bon indice du manque d'impartialité. Cependant, le manque d'impartialité ne signifie pas nécessairement, à lui seul, qu'il y a absence d'indépendance. En effet, le manque d'impartialité peut être imputable à un certain nombre de facteurs, et l'absence d'indépendance n'est qu'un de ces facteurs.

(Greene, *loc. cit.*, à la p. 194.)

Notwithstanding judicial independence, there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level. Although the concept of institutional impartiality has never before been recognized by this Court, the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal" has to be broad enough to encompass this. Just as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect (*Valente, supra*, at p. 687), so too must the requirement of judicial impartiality. I cannot interpret the Canadian *Charter* as guaranteeing one on an institutional level and the other only on a case-by-case basis. On this point I must respectfully disagree with Tourigny J.A. and adopt the language of Proulx J.A. in the Court of Appeal (at p. 79):

[TRANSLATION] Since the problem concerns the impartiality of the tribunal as guaranteed by the Constitution, I believe that it would be useful to consider impartiality in fact or objectively, as Le Dain J. did in dealing with the notion of judicial independence This would permit emphasizing both impartiality as related to the status of the judge and to the manner in which he in fact acts.

In his factum, the Attorney-General submitted that impartiality must be evaluated on the facts and not on the basis of speculation that the respondent must as a result prove a specific conflict of interest. Accordingly, the appellant continues, to find bias solely on the basis of a legislative provision is to engage in pure speculation.

This approach empties the constitutional guarantee of all its meaning. As I demonstrated above, the question is one of perception of the image of justice and it is as important for the maintenance of the public's confidence in the impartiality of the courts that the system or the legislative framework does not leave itself open to criticism and give rise to a reasonable apprehension of bias. [Emphasis added.]

The objective status of the tribunal can be as relevant for the "impartiality" requirement as it is for "independence". Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. As this Court stated in *Valente, supra*, the appearance of

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (*Valente*, précité, à la p. 687), il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la *Charte* canadienne comme garantissant l'une sur le plan institutionnel, et l'autre simplement au cas par cas. Sur ce point je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge Tourigny et faire miens les propos du juge Proulx en Cour d'appel (à la p. 2220):

Puisque le problème touche l'impartialité du Tribunal comme garantie constitutionnelle, je crois qu'il serait utile de considérer aussi l'impartialité de façon effective ou objective, comme l'avait fait le juge Le Dain en traitant de la notion d'indépendance judiciaire. Ceci permet d'insister tout autant sur l'impartialité reliée au statut du juge qu'à sa manière d'agir *in concreto*.

Dans son mémoire, le Procureur général fait valoir que l'impartialité doit s'évaluer en fonction de faits et non d'hypothèses, que l'intimée devait par conséquent faire la preuve d'un conflit d'intérêts précis. Or, de poursuivre l'appelant, conclure à la partialité uniquement en raison d'une disposition législative est du domaine de l'hypothèse.

Cette approche vide la garantie constitutionnelle de tout son sens. Comme je l'ai démontré ci-haut, la question en est une de perception de l'image de la justice et il est tout aussi important pour maintenir la confiance du public en l'impartialité des tribunaux que le système ou l'encadrement législatif ne prête pas le flanc à la critique et donne ouverture à une appréhension raisonnable de partialité. [Je souligne.]

Le statut objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt

Laura Ravndahl *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Saskatchewan as represented by the Government of Saskatchewan and Workers' Compensation Board *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, and Attorney General of Newfoundland and Labrador *Intervenors*

INDEXED AS: RAVENDAHL v. SASKATCHEWAN

Neutral citation: 2009 SCC 7.

File No.: 32225.

2008: December 17; 2009: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Limitation of actions — Applicability of limitation periods — Constitutional challenge — Pre-Charter denial of benefits — Equality rights — Claims seeking personal relief and declarations of unconstitutionality — Whether statutory limitation periods applicable to claims for personal relief — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).

The appellant lost her widow's pension benefit upon remarriage on October 20, 1984 pursuant to s. 68 of the Saskatchewan *Workers' Compensation Act* of 1978. After her remarriage, legislative amendments ultimately provided for compensation to continue to be payable to a surviving dependent spouse in case of remarriage occurring on or after April 17, 1985 — the date the equality rights guaranteed by s. 15 of the

Laura Ravndahl *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de Saskatchewan, représentée par le gouvernement de la Saskatchewan, et Workers' Compensation Board *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RAVENDAHL c. SASKATCHEWAN

Référence neutre : 2009 CSC 7.

N° du greffe : 32225.

2008 : 17 décembre; 2009 : 29 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Prescription — Applicabilité des délais de prescription — Contestation constitutionnelle — Refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de la Charte — Droits à l'égalité — Demandes visant des réparations personnelles et des déclarations d'inconstitutionnalité — Les délais de prescription prévus par la loi s'appliquent-ils aux demandes de réparations personnelles? — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1)(j).

À la suite de son remariage le 20 octobre 1984, l'appelante a cessé de recevoir sa pension de veuve, en application de l'art. 68 de la *Workers' Compensation Act* de 1978 de la Saskatchewan. Après ce remariage, des modifications législatives et réglementaires ont prévu, en définitive, qu'une compensation continue à être versée à un conjoint survivant à charge si son remariage est survenu le 17 avril 1985 — le jour où l'art. 15 de la *Charte canadienne des*

Canadian Charter of Rights and Freedoms came into effect. These amendments did not affect the appellant because of the date of her remarriage. In 1999, a special Act provided for a lump sum payment to persons whose spousal pensions had been terminated by virtue of remarriage prior to April 17, 1985, but the appellant did not apply for payment. Rather, she brought an action in 2000 based on s. 15 of the *Charter*, seeking an order (1) reinstating her spousal pension and awarding damages and interest and (2) declaring that the legislative amendments and the 1999 Act were of no force or effect. Following an application to determine a point of law, the Court of Queen's Bench dismissed the action as statute-barred under s. 3(1)(j) of *The Limitation of Actions Act*. The Court of Appeal ordered the reinstatement of the prayers for relief relating to the declaratory action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while confirming that the claims for personal relief were barred.

Held: The appeal should be dismissed.

Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy and must be distinguished from claims enuring to affected members generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional. [16]

The Limitation of Actions Act applies to personal claims. Here, the cause of action arose on April 17, 1985 when s. 15 of the *Charter* came into effect. Before that date, the appellant had no cognizable legal right upon which to base her claim. Subsequent attempts to lessen the discriminatory effects of the 1978 Act did not create a new cause of action in her favour. There is also no renewing cause of action arising with each pension payment not received in this case because it cannot be assumed that the benefits which had been terminated would have otherwise been paid. Since the appellant's cause of action arose on April 17, 1985 and the six-year limitation period is applicable, the personal claims were statute-barred. [17-18] [20-22] [24]

The claim for a declaration of constitutional invalidity and, if granted, what remedies are to issue, is for the trial judge to determine. Any remedies flowing from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, would not be personal remedies but rather remedies from which the appellant, as an affected person, might benefit. [26]

droits et libertés relative aux droits à l'égalité est entré en vigueur — ou après cette date. Ces modifications ne s'appliquaient pas à l'appelante étant donné la date de son remariage. En 1999, une loi spéciale prévoyait le paiement d'une somme globale aux personnes qui ne touchaient plus de pension de conjoint parce qu'elles s'étaient remariées avant le 17 avril 1985. L'appelante ne s'est pas prévalu de cette loi. Elle a plutôt intenté, en 2000, un recours fondé sur l'art. 15 de la *Charte* en vue d'obtenir une ordonnance (1) rétablissant sa pension de conjointe et lui octroyant des dommages-intérêts et (2) déclarant les modifications législatives et la loi de 1999 inopérantes. Appelée à trancher une question de droit, la Cour du Banc de la Reine a rejeté l'action la déclarant prescrite en application de l'al. 3(1)(j) de la *Limitation of Actions Act*. La Cour d'appel a ordonné le rétablissement des demandes de réparations visant le prononcé d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais a confirmé que les demandes de réparations personnelles étaient prescrites.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les demandes personnelles de réparation constitutionnelle sont des demandes introduites par un individu, en tant qu'individu, en vue d'obtenir une réparation personnelle et il y a lieu d'établir une distinction entre ces demandes et celles sollicitant la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi qui peuvent profiter aux personnes touchées en général. [16]

La *Limitation of Actions Act* s'applique aux demandes de réparations personnelles. En l'espèce, la cause d'action a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur. Avant cette date, l'appelante ne disposait d'aucun droit reconnu pour étayer sa demande. Les tentatives subséquentes d'atténuer les effets discriminatoires de la loi de 1978 n'ont pas créé de nouvelle cause d'action pour elle. En outre, la cause d'action n'est pas renouvelée en l'espèce chaque fois qu'elle n'a pas reçu un versement de la pension puisqu'il ne peut être supposé que les prestations qui ont cessé auraient autrement été payées. Puisque la cause d'action de l'appelante a pris naissance le 17 avril 1985 et que le délai de prescription de six ans s'applique, les demandes de réparations personnelles étaient prescrites. [17-18] [20-22] [24]

Il appartiendra à la juge de première instance de décider de l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité et, dans l'affirmative, de se prononcer sur les réparations qui devraient être accordées. Les réparations découlant de l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne seraient pas personnelles. Il s'agirait plutôt de réparations dont pourrait bénéficier l'appelante, à titre de personne touchée. [26]

Cases Cited

Applied: *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3.
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), Rule 188.
Special Payment (Dependent Spouses) Act, S.S. 1999, c. S-56.01.
Workers' Compensation Act, R.S.S. 1978, c. W-17, s. 68.
Workers' Compensation Act, 1974, S.S. 1973-74, c. 127.
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, s. 98.1 [ad. 1984-85-86, e. 89, s. 25].
Workers' Compensation General Regulations, 1985, R.R.S., c. W-17.1, Reg. 1 [am. S. Reg. 15/1999, s. 2].

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Gerwing, Lane and Smith JJ.A.), 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162, [2007] 10 W.W.R. 606, 43 C.P.C. (6th) 201, [2007] S.J. No. 282 (QL), 2007 CarswellSask 297, allowing in part an appeal from a judgment of Pritchard J., 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156, 50 C.P.C. (5th) 161, 119 C.R.R. (2d) 372, [2004] S.J. No. 374 (QL), 2004 CarswellSask 398. Appeal dismissed.

Robert E. Houston, Q.C., for the appellant.

Alan F. Jacobson, for the respondent the Province of Saskatchewan.

Leonard D. Andrychuk, Q.C., and *Christy J. Stockdale*, for the respondent the Workers' Compensation Board.

Michael H. Morris and *Sean Gaudet*, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and *Rochelle S. Fox*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Isabelle Harnois, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; **arrêt mentionné :** *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Règles de procédure de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 188.
Special Payment (Dependent Spouses) Act, S.S. 1999, ch. S-56.01.
Workers' Compensation Act, R.S.S. 1978, ch. W-17, art. 68.
Workers' Compensation Act, 1974, S.S. 1973-74, ch. 127.
Workers' Compensation Act, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, art. 98.1 [aj. 1984-85-86, ch. 89, art. 25].
Workers' Compensation General Regulations, 1985, R.R.S., ch. W-17.1, règl. 1 [mod. S. Reg. 15/1999, art. 2].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Gerwing, Lane et Smith), 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162, [2007] 10 W.W.R. 606, 43 C.P.C. (6th) 201, [2007] S.J. No. 282 (QL), 2007 CarswellSask 297, qui a accueilli en partie l'appel d'une décision de la juge Pritchard, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156, 50 C.P.C. (5th) 161, 119 C.R.R. (2d) 372, [2004] S.J. No. 374 (QL), 2004 CarswellSask 398. Pourvoi rejeté.

Robert E. Houston, c.r., pour l'appelante.

Alan F. Jacobson, pour l'intimée la province de la Saskatchewan.

Leonard D. Andrychuk, c.r., et *Christy J. Stockdale*, pour l'intimée Workers' Compensation Board.

Michael H. Morris et *Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et *Rochelle S. Fox*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Michael Conner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Jonathan G. Penner, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submission only by *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This case raises the question of whether a statutory limitation period applies to personal claims for constitutional relief, and if so, how the limitation period affects such claims.

[2] The following constitutional question was stated by this Court:

Is s. 3 of *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, constitutionally inapplicable to the appellant's claims for personal relief, including damages, reinstatement and other monetary remedies, in an action alleging that s. 98.1(5) of *The Workers' Compensation Act*, 1979, S.S. 1979, c. W-17.1, and related legislation is of no force or effect to the extent that it breaches her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[3] The appellant falls into a group sometimes known as the “pre-*Charter* widows”. Before the equality provision of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force on April 17, 1985, workers' compensation legislation provided that pensions to survivor spouses would cease upon remarriage. The appellant, who held a widow's pension, lost her benefit upon remarriage on October 20, 1984, and hence brings this action.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Conner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jonathan G. Penner, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Barbara Barrowman*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si un délai de prescription prévu par la loi s'applique aux demandes personnelles de réparation constitutionnelle et, dans l'affirmative, quelles sont les incidences de ce délai de prescription sur de telles demandes.

[2] Notre Cour a énoncé la question constitutionnelle suivante :

L'article 3 de la *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, est-il constitutionnellement inapplicable aux réclamations de l'appelante pour une réparation individuelle, y compris des dommages-intérêts, la réintégration et les autres réparations pécuniaires, dans une action où elle allègue que le par. 98.1(5) de la *Workers' Compensation Act*, 1979, S.S. 1979, ch. W-17.1, et les dispositions législatives connexes sont inopérants dans la mesure où ils violent les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[3] L'appelante fait partie d'un groupe parfois désigné comme les « personnes devenues veuves avant l'entrée en vigueur de la *Charte* ». Avant l'entrée en vigueur, le 17 avril 1985, de la disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* relative aux droits à l'égalité, la législation en matière d'indemnisation des accidentés du travail prévoyait que les pensions versées aux conjoints survivants cesseraient à la suite d'un remariage. L'appelante, qui touchait une pension de veuve, a perdu sa prestation à la suite de son remariage le 20 octobre 1984, d'où la présente action.

- g) Costs;
- h) Such further and other relief as the Plaintiff may advise and this Honourable Court may allow.

[11] The applicable limitation provision in effect at the relevant time was s. 3(1)(j) of *The Limitation of Actions Act*. It stated as follows:

3. — (1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

(j) any other action not in this Act or any other Act specifically provided for, within six years after the cause of action arose.

II. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156

[12] The respondents applied to the Saskatchewan Court of Queen's Bench for determination of the following point of law pursuant to Rule 188 of *The Queen's Bench Rules*:

Is the Plaintiff's cause of action . . . subject to Section 3 of *The Limitation of Actions Act* and thereby barred by virtue of the operation of Section 3 . . . ?

[13] Pritchard J. dismissed the action in its entirety. She characterized the claim as a s. 24 *Charter* claim, which she found to be subject to s. 3 of *The Limitation of Actions Act*, a limitation period of general application. And since it was "common ground" that the action was commenced outside of the six-year time limit, Pritchard J. determined that the claims were statute-barred.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162

[14] Gerwing J.A., writing for the majority, found that nothing in the material warranted immediately

- g) les dépens;
- h) toute autre réparation que la demanderesse peut proposer et que la cour peut accorder.

[11] La disposition applicable en matière de prescription en vigueur à la date pertinente était l'al. 3(1)(j) de la *Limitation of Actions Act* qui prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

3. — (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-après :

j) toute autre action qui n'est pas expressément prévue dans la présente Loi ou dans toute autre Loi se prescrit par six ans à compter de la naissance de la cause d'action.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, 2004 SKQB 260, 251 Sask. R. 156

[12] Les intimés ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan de trancher la question de droit suivante en application de la règle 188 des *Règles de procédure de la Cour du Banc de la Reine* :

[TRADUCTION] La cause d'action de la demanderesse est-elle [. . .] assujettie à l'article 3 de la *Limitation of Actions Act* et ainsi prescrite par application de cette disposition . . . ?

[13] La juge Pritchard a rejeté l'action dans sa totalité. Elle a jugé que la demande était fondée sur l'art. 24 de la *Charte*, et conclu qu'elle était assujettie à l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* qui prévoit un délai de prescription d'application générale. En outre, comme les parties [TRADUCTION] « s'entendaient pour dire » que l'action avait été intentée après le délai de six ans, la juge Pritchard a conclu que les demandes étaient prescrites.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, 2007 SKCA 66, 299 Sask. R. 162

[14] La juge Gerwing, au nom de la majorité, a conclu que rien dans le dossier ne justifiait la

striking the claims seeking declarations of invalidity (set out in subparas. 30(a) to (c)), since applications for declarations of invalidity are not generally governed by limitations statutes. However, she found that the remaining claims (subparas. 30(d) to (h)) were for relief of a personal nature and, whether claimed under s. 24 of the *Charter* or flowing from a declaration of invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, were subject to the limitations statute and had been correctly struck out as they were statute-barred. Gerwing J.A. severed the portions of the appellant's claim seeking declarations of unconstitutionality from the claims seeking personal relief.

[15] Smith J.A. agreed that s. 3 of *The Limitation of Actions Act* could operate to limit the extent of the appellant's relief flowing from a s. 52 declaration. However, she disagreed with Gerwing J.A.'s conclusion that the appellant's claims were statute-barred. In her view, if the appellant could persuade the trial court that her case was one of ongoing discrimination, based on her continuing status and repeated each month she does not receive a monthly benefit, the claim was not out of time. Smith J.A. would have reinstated all of the appellant's claims.

III. Analysis

A. *Does Section 3 of The Limitation of Actions Act Apply to the Appellant's Claims for Personal Relief?*

[16] It was argued below that statutory limitation periods do not apply to personal claims for constitutional relief. Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy. As will be discussed below, personal claims in this sense must be distinguished from claims which may enure to affected

radiation immédiate des demandes, énoncées aux al. 30a) à c), visant le prononcé de déclarations d'invalidité, puisque ce genre de demandes n'est habituellement pas assujéti aux lois qui établissent des délais de prescription. Toutefois, elle a conclu que les autres demandes, énoncées aux al. 30d) à h), visaient des réparations de nature personnelle et — qu'elles aient été sollicitées en application de l'art. 24 de la *Charte* ou qu'elles aient découlé d'une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — étaient assujéties aux lois établissant des délais de prescription. La juge Gerwing a donc estimé que ces demandes avaient été radiées à juste titre puisqu'elles étaient prescrites. Elle a dissocié les demandes par lesquelles l'appelante cherchait à obtenir des déclarations d'inconstitutionnalité de celles visant des réparations personnelles.

[15] La juge Smith a convenu que l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* pouvait s'appliquer pour limiter la portée des réparations pouvant être accordées à l'appelante par suite de l'application de l'art. 52. Cependant, elle n'a pas souscrit à la conclusion de la juge Gerwing portant que les demandes de l'appelante étaient prescrites. Selon elle, si l'appelante pouvait persuader le tribunal de première instance qu'elle faisait l'objet de discrimination continue fondée sur son état continu et que cette discrimination était répétée chaque mois qu'elle ne recevait pas de prestation mensuelle, les demandes ne seraient pas jugées hors délai. La juge Smith aurait rétabli toutes les demandes de l'appelante.

III. Analyse

A. *L'article 3 de la Limitation of Actions Act s'applique-t-il aux demandes de réparations personnelles de l'appelante?*

[16] On a fait valoir devant les juridictions inférieures que les délais de prescription prévus par la loi ne s'appliquent pas aux demandes personnelles de réparation constitutionnelle. Il s'agit de demandes introduites par un individu, en tant qu'individu, en vue d'obtenir une réparation personnelle. Comme il en sera question plus loin, il y a lieu d'établir une

persons generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional.

[17] The argument that *The Limitation of Actions Act* does not apply to personal claims was abandoned before us, counsel for the appellant conceding that *The Limitations of Actions Act* applies to such claims. This is consistent with this Court's decision in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, which held that limitation periods apply to claims for personal remedies that flow from the striking down of an unconstitutional statute.

B. Are the Appellant's Personal Claims Statute-Barred?

[18] In order to determine whether the appellant's personal claims are statute-barred, it is necessary to pinpoint when her cause of action arose. In my view, her cause of action arose on April 17, 1985 when s. 15 of the *Charter* came into effect. The appellant was denied benefits pursuant to the operation of s. 68(1) of the 1978 Act. However, she had no cognizable legal right upon which to base her claim until s. 15 of the *Charter* came into force. On April 17, 1985 a claim that the non-receipt of benefits pursuant to s. 68(1) of the 1978 Act discriminated against her on the basis of marital status became actionable. Although the appellant does not directly challenge the constitutionality of the 1978 Act, it is the operation of the 1978 Act that ultimately forms the basis of her discrimination claim. (These reasons assume, without deciding, that a challenge to a pre-*Charter* denial of benefits would be a permissible application of the *Charter*.)

[19] Before this Court, the appellant argued that a new cause of action arose when the government adopted remedial legislation reinstating the pensions of persons who had remarried on or after

distinction entre les demandes de réparations personnelles de ce type et celles sollicitant la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi qui peuvent profiter aux personnes touchées en général.

[17] Devant notre Cour, l'appelante a abandonné l'argument selon lequel la *Limitation of Actions Act* ne s'applique pas aux demandes de réparations personnelles, son avocat ayant reconnu que cette Loi s'applique à ce genre de demandes. Cette position est conforme à l'arrêt *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, dans lequel notre Cour a statué que les délais de prescription s'appliquent aux demandes de réparations personnelles qui découlent de l'annulation d'une loi inconstitutionnelle.

B. Les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont-elles prescrites?

[18] Afin de déterminer si les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont prescrites, il est nécessaire d'arrêter le moment où sa cause d'action a pris naissance. Selon moi, sa cause d'action a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur. S'il est vrai que les prestations lui ont été refusées en application du par. 68(1) de la Loi de 1978, l'appelante ne disposait d'aucun droit reconnu pour étayer sa demande avant que l'art. 15 de la *Charte* n'entre en vigueur. Le 17 avril 1985, elle est devenue habilitée à réclamer en justice les prestations qu'elle ne touchait pas par suite de l'application du par. 68(1) de la Loi de 1978 en alléguant une discrimination à son égard fondée sur son état matrimonial. Bien que l'appelante ne conteste pas directement la constitutionnalité de la Loi de 1978, c'est l'application de cette dernière qui forme ultimement la base de sa réclamation fondée sur la discrimination. (Dans les présents motifs, il est tenu pour acquis, sans toutefois trancher la question, que la *Charte* pourrait être invoquée pour contester un refus de prestations survenu avant l'entrée en vigueur de celle-ci.)

[19] L'appelante a fait valoir devant notre Cour qu'une nouvelle cause d'action a pris naissance lorsque le gouvernement a adopté, d'abord, une loi et un règlement de nature réparatrice rétablissant les

April 17, 1985, and passed *The Special Payment (Dependent Spouses) Act*. This cause of action is said to rest on the under-inclusivity of this remedial legislation. The appellant did not benefit from the remedial regulations since she had remarried prior to April 17, 1985. She chose not to apply for the \$80,000 lump-sum payment under *The Special Payment (Dependent Spouses) Act*, but instead brought this action on March 31, 2000.

[20] This argument cannot succeed. The appellant's cause of action must be based, as explained above, on the unconstitutionality of the 1978 Act. Subsequent attempts by the Legislature to lessen the discriminatory effects of legislation do not create a new cause of action in her favour. The remedial provisions did not affect her position in any way.

[21] In her written materials, the appellant, relying on *Kingstreet*, asserted that her personal claims are not statute-barred because the limitation period is rolling in nature, applying anew to each pension payment that she did not receive. However, it is clear that such a result is dependent on a new cause of action arising with each event.

[22] In *Kingstreet*, a new cause of action was said to arise each time a payment of tax was made under unconstitutional legislation. This case is distinguishable from the present case. As stated by this Court in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429:

Where the government has collected taxes in violation of the Constitution, there can be only one possible remedy: restitution to the taxpayer. In contrast, where a scheme for benefits falls foul of the s. 15 guarantee of equal benefit under the law, we normally do not know what the legislature would have done [para. 108]

The renewing cause of action argument cannot succeed as it assumes that the benefits which

pensions des personnes qui se sont remariées le 17 avril 1985 ou après cette date et, ensuite, la *Special Payment (Dependent Spouses) Act*. Cette cause d'action serait fondée sur la portée trop restrictive de ces lois réparatrices. L'appelante n'a pas tiré profit de la réglementation réparatrice puisqu'elle s'était remariée avant le 17 avril 1985. Au lieu de réclamer la somme globale de 80 000 \$ en vertu de la *Special Payment (Dependent Spouses) Act*, l'appelante a plutôt choisi d'intenter la présente action le 31 mars 2000.

[20] Cet argument ne peut être retenu. La cause d'action de l'appelante doit être fondée, comme il a été expliqué précédemment, sur l'inconstitutionnalité de la Loi de 1978. Le fait que le législateur a tenté subséquemment d'atténuer les effets discriminatoires de la législation ne crée pas de nouvelle cause d'action pour l'appelante. Les dispositions réparatrices n'ont eu aucune incidence sur sa situation.

[21] Dans son mémoire, l'appelante, invoquant *Kingstreet*, a fait valoir que ses demandes de réparations personnelles ne sont pas prescrites puisque le délai de prescription est renouvelable automatiquement de par sa nature, ayant recommencé à courir chaque fois qu'elle n'a pas reçu un versement de la pension. Toutefois, il est évident qu'un tel résultat suppose qu'une nouvelle cause d'action prenne naissance à chaque non-versement.

[22] Dans *Kingstreet*, on a affirmé qu'une nouvelle cause d'action prenait naissance chaque fois qu'un paiement de taxes était versé en application d'une loi inconstitutionnelle. Il y a lieu d'établir une distinction entre cette affaire et la présente cause. Comme l'a affirmé notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429 :

Le gouvernement qui a perçu une taxe en contrevenant à la Constitution n'a d'autre choix que de la restituer au contribuable. À l'opposé, lorsqu'un régime de prestations viole le droit au même bénéfice de la loi garanti à l'art. 15, on ignore habituellement quelle mesure le législateur aurait choisie . . . [par. 108]

L'argument selon lequel la cause d'action est renouvelée ne peut être retenu, puisqu'il suppose que les

were terminated would have otherwise been paid.

[23] In this case, there is but one cause of action which arose on April 17, 1985, when s. 15 of the *Charter* came into force.

[24] Since the appellant's cause of action arose on April 17, 1985 and the six-year limitation period set out s. 3 of *The Limitation of Actions Act* is applicable, the appellant's personal claims, which were commenced almost a decade out of time, are statute-barred.

C. *The Claim for a Declaration of Constitutional Invalidity*

[25] The Court of Appeal unanimously upheld the appellant's right to maintain her claims for a declaration under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that the impugned legislative provisions were unconstitutional insofar as they operated on discriminatory grounds.

[26] It will be for the trial judge to determine whether a declaration of invalidity should be granted, and if so, what remedies if any should be granted. Because the appellant's personal claims are statute-barred, any remedies flowing from s. 52 would not be personal remedies, but would be remedies from which the appellant, as an affected person, might benefit.

[27] It is important to distinguish the appellant's personal, or *in personam*, remedies, brought by her as an individual, from an *in rem* remedy flowing from s. 52 that may extend a benefit to the appellant and all similarly affected persons. As stated in the factum of the intervener the Attorney General of Ontario:

Where legislation is found to be unconstitutionally underinclusive, the prospective remedial option chosen

prestations qui ont cessé auraient autrement été payées.

[23] En l'espèce, il n'existe qu'une seule cause d'action : celle qui a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l'art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur.

[24] Puisque la cause d'action de l'appelante a pris naissance le 17 avril 1985 et que le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 3 de la *Limitation of Actions Act* s'applique, les demandes de réparations personnelles de l'appelante — introduites presque une décennie après le délai imparti — sont prescrites.

C. *La demande visant le prononcé d'une déclaration d'inconstitutionnalité*

[25] La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité le droit de l'appelante de maintenir ses demandes présentées en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et visant le prononcé d'une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions législatives contestées dans la mesure où elles s'appliquaient selon des critères discriminatoires.

[26] Il appartiendra à la juge de première instance de décider de l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité et, dans l'affirmative, de se prononcer sur les réparations qui devraient être accordées, le cas échéant. Comme les demandes de réparations personnelles sont prescrites, les réparations découlant de l'application de l'art. 52 ne seraient pas personnelles. Il s'agirait plutôt de réparations dont pourrait bénéficier l'appelante, à titre de personne touchée.

[27] Il est important d'établir une distinction entre les réparations personnelles — ou *in personam* — sollicitées par l'appelante en tant qu'individu, et les réparations *in rem* qui découlent de l'application de l'art. 52 et qui permettent d'accorder une prestation à l'appelante et à toutes les personnes touchées au même titre qu'elle. Comme il est énoncé dans le mémoire de l'intervenant le procureur général de l'Ontario :

[TRADUCTION] Lorsqu'une loi est jugée trop limitative sur le plan constitutionnel, le tribunal peut choisir

by the court might extend the benefit at issue through severance or reading in, or it might suspend the operation of the declaration of invalidity to allow the government to determine whether to cancel, modify, or extend the benefit at issue. If the unconstitutional underinclusive benefit is extended to include the [appellant's] *Charter* claimant[t] group, whether through the court's s. 52(1) declaration or through government's response to the court's s. 52(1) declaration, the [appellant], like any otherwise eligible person [in the claimant group], reaps the benefit of the s. 52(1) declaration, even if the claimant does not obtain a personalized remedy from the court. [para. 45]

IV. Conclusion

[28] The only issue on this appeal is whether the appellant's claims for personal relief are statute-barred. For the foregoing reasons, I conclude that they are.

[29] The appeal is dismissed and the order of the Saskatchewan Court of Appeal affirmed. I would answer the constitutional question in the negative.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stamatinos Leland & Campbell, Kamsack, Saskatchewan.

Solicitor for the respondent the Province of Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Board: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

comme mesure corrective pour l'avenir d'accorder la prestation en question par dissociation ou par interprétation large, ou de suspendre l'application de la déclaration d'invalidité pour permettre au gouvernement de déterminer s'il convient d'annuler, de modifier ou d'accorder la prestation en question. Si la prestation trop limitative inconstitutionnelle est accordée au groupe demandeur [de l'appelante], que ce soit au moyen de la déclaration du tribunal prononcée en vertu du par. 52(1) ou de la réponse du gouvernement à ladite déclaration, [l'appelante], comme toute autre personne admissible [du groupe demandeur], bénéficie de la déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) même si elle n'obtient pas de réparations personnelles de la part du tribunal. [par. 45]

IV. Conclusion

[28] La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si les demandes de réparations personnelles de l'appelante sont prescrites. Pour les motifs qui précèdent, j'estime qu'elles le sont.

[29] Le présent pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel de la Saskatchewan est confirmée. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Stamatinos Leland & Campbell, Kamsack, Saskatchewan.

Procureur de l'intimée la province de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intimée Workers' Compensation Board : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Ste-Foy.

David Attis *Appellant*

v.

The Board of School Trustees, District No. 15 *Respondent*

and

The Human Rights Commission of New Brunswick, Malcolm Ross, the Department of Education of New Brunswick, the New Brunswick Teachers' Federation, and the Canadian Jewish Congress *Respondents*

and

Brian Bruce, Brian Brnce Consultants Ltd., the Human Rights Board of Inquiry, and the Minister of Labour of New Brunswick *Respondents*

and between

The Human Rights Commission of New Brunswick *Appellant*

v.

The Board of School Trustees, District No. 15 *Respondent*

and

David Attis *Respondent*

and

Malcolm Ross, the Department of Education of New Brunswick, the New Brunswick Teachers' Federation, and the Canadian Jewish Congress *Respondents*

David Attis *Appelant*

c.

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

et

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, Malcolm Ross, le ministère de l'Éducation du Nouveau-Brunswick, la Fédération des enseignants et enseignantes du Nouveau-Brunswick et le Congrès juif canadien *Intimés*

et

Brian Bruce, Brian Brnce Consultants Ltd., la Commission d'enquête sur les droits de la personne et le ministre du Travail du Nouveau-Brunswick *Intimés*

et entre

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick *Appelante*

c.

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

et

David Attis *Intimé*

et

Malcolm Ross, le ministère de l'Éducation du Nouveau-Brunswick, la Fédération des enseignants et enseignantes du Nouveau-Brunswick et le Congrès juif canadien *Intimés*

and

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
the Human Rights Board of Inquiry, and
the Minister of Labour of New
Brunswick** *Respondents*

and between

The Canadian Jewish Congress *Appellant*

v.

**The Board of School Trustees, District
No. 15** *Respondent*

and

Malcolm Ross *Respondent*

and

David Attis *Respondent*

and

**The Human Rights Commission of New
Brunswick, the Department of Education of
New Brunswick, and the New Brunswick
Teachers' Federation** *Respondents*

and

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
the Human Rights Board of Inquiry, and
the Minister of Labour of New
Brunswick** *Respondents*

and

**The Attorney General of British Columbia,
the League for Human Rights of B'Nai
Brith Canada, the Canadian Civil Liberties
Association, and the Canadian Association**

et

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
la Commission d'enquête sur les droits de la
personne et le ministre du Travail du
Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et entre

Le Congrès juif canadien *Appellant*

c.

Le Conseil scolaire du district n° 15 *Intimé*

et

Malcolm Ross *Intimé*

et

David Attis *Intimé*

et

**La Commission des droits de la personne du
Nouveau-Brunswick, le ministère de
l'Éducation du Nouveau-Brunswick et la
Fédération des enseignants et enseignantes
du Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et

**Brian Bruce, Brian Bruce Consultants Ltd.,
la Commission d'enquête sur les droits de la
personne et le ministre du Travail du
Nouveau-Brunswick** *Intimés*

et

**Le procureur général de la Colombie-
Britannique, la Ligue des droits de la
personne de B'Nai Brith Canada,
l'Association canadienne des libertés civiles**

**of Statutory Human Rights
Agencies Interveners**

INDEXED AS: ROSS v. NEW BRUNSWICK SCHOOL DISTRICT
No. 15

File No.: 24002.

1995: October 31; 1996: April 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW
BRUNSWICK

Civil rights — Discrimination — Services to the public — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Whether school board which employs teacher discriminating with respect to services it offers to public — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1).

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal — Issues raised involving constitutional and administrative law components — Different standards of review applicable — Relationship between administrative law standard of review and constitutional standard of review under Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Administrative law — Human rights tribunal — Jurisdiction — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry making finding of discrimination against school board which employs teacher — School board ordered to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether Board's finding of discrimination and order beyond its jurisdiction — Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 20(1), (6.2), 21(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold

**et l'Association canadienne des commissions
et conseils des droits de la
personne Intervénants**

RÉPERTORIÉ: ROSS c. CONSEIL SCOLAIRE DU DISTRICT
N° 15 DU NOUVEAU-BRUNSWICK

N° du greffe: 24002.

1995: 31 octobre; 1996: 3 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Libertés publiques — Discrimination — Services au public — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Le conseil scolaire qui emploie l'enseignant fait-il preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1).

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne — Questions soulevées comportant un volet «droit constitutionnel» et un volet «droit administratif» — Différentes normes de contrôle applicables — Lien entre la norme de contrôle en droit administratif et la norme constitutionnelle de contrôle en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit administratif — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne concluant que le conseil scolaire qui emploie l'enseignant a fait preuve de discrimination — Ordonnance enjoignant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits anti-sémites ou vend ses publications antérieures — La conclusion de la commission à l'existence de discrimination et l'ordonnance qu'elle a rendue excèdent-elles sa compétence? — Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 20(1), (6.2), 21(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédia-

his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of expression — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Teacher publicly making discriminatory statements in his off-duty time — Human rights board of inquiry ordering school board to remove teacher from his teaching position, and to terminate his employment immediately if he wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications — Whether order infringes on teacher's freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

For several years, R, a teacher, publicly made racist and discriminatory comments against Jews during his off-duty time. R's writings and statements communicating his anti-Semitic views include four books or pamphlets, letters to a local newspaper, and a local television interview. A Jewish parent filed a complaint with the New Brunswick Human Rights Commission, alleging that the School Board, which employed R as a teacher, violated s. 5(1) of the *Human Rights Act* by discriminating against him and his children in the provision of accommodation, services or facilities on the basis of religion and ancestry. The Board of Inquiry (the "Board") found that R's off-duty comments demigrated the faith and belief of Jews. The Board further found that the School Board was in breach of s. 5(1), concluding that it discriminated by failing to discipline R meaningfully in that, by its almost indifferent response to the complaints and by continuing his employment, it endorsed his out-of-school activities and writings. The Board directed the School Board to comply with the following, in clause 2: (a) place R on a leave of absence without pay for a period of 18 months; (b) appoint him to a non-teaching position, if one became available during that period; (c) terminate his employment at the end of that period if, in the interim, he had not been offered and accepted a non-teaching position; and (d) terminate his employment with the School Board immediately if he published or wrote anti-Semitic materials or sold his previous publications any time during the leave of absence period or at any time during his employment in a non-teaching position. The Court of Queen's Bench allowed R's application for judicial review in part, ordering that clause 2(d) of the order be quashed on the ground that it was in excess of jurisdiction. The court

tement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Enseignant faisant publiquement des déclarations discriminatoires en dehors de ses heures de travail — Commission d'enquête sur les droits de la personne ordonnant au conseil scolaire de retirer à l'intéressé son poste d'enseignant, et de mettre fin immédiatement à son emploi s'il produit des écrits antisémites ou vend ses publications antérieures — L'ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enseignant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

Pendant plusieurs années, l'enseignant R a fait publiquement, en dehors de ses heures de travail, des déclarations racistes et discriminatoires contre les Juifs. Les écrits et déclarations dans lesquels R avait communiqué ses opinions antisémites comprenaient quatre livres ou brochures, des lettres à un journal local et une entrevue accordée à une station locale de télévision. Un parent juif a déposé, auprès de la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, une plainte dans laquelle il alléguait que le conseil scolaire, qui employait R comme enseignant, avait violé le par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne* en faisant preuve de discrimination envers lui et ses enfants quant au logement, aux services et aux commodités pour des raisons de croyance et d'ascendance. La commission d'enquête (la «commission») a statué que les remarques que R avait faites en dehors de ses heures de travail avaient dénigré la foi et les croyances des Juifs. Elle a aussi conclu que le conseil scolaire avait contrevenu au par. 5(1), concluant qu'il avait fait preuve de discrimination en ne prenant pas de mesures disciplinaires sérieuses contre R, étant donné qu'en continuant à l'employer et en faisant montre d'une quasi-indifférence face aux plaintes, il avait approuvé ses écrits et ses activités à l'extérieur de l'école. Au deuxième paragraphe de son ordonnance, la commission a ordonné au conseil scolaire de prendre les mesures suivantes: a) mettre R en congé sans solde pour une période de 18 mois, b) l'affecter à un poste de non-enseignant si un tel poste s'ouvre pendant cette période, c) mettre fin à son emploi à la fin de cette période si, dans l'intervalle, on ne lui a pas offert et il n'a pas accepté un poste de non-enseignant, et d) mettre fin à son emploi auprès du conseil scolaire immédiatement s'il publie ou produit des écrits antisémites ou vend ses

also concluded that paragraph 2 of the order violated ss. 2(a) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that, with the exception of clause 2(d), it could be saved by s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed the cross-appeals with respect to clause 2(d) and allowed R's appeal, holding that clauses 2(a), (b) and (c) of the order infringed R's freedom of expression and freedom of religion and could not be justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed and clauses 2(a), (b) and (c) of the order restored.

(1) *Standards of Review*

This appeal raises two general issues in relation to the standard of judicial review. The first relates to the administrative law issue of the standard of deference to be applied to the Board's finding of discrimination and its remedial order. The second relates to the standard of constitutional review to be applied to the Board's order. With respect to the administrative law issue, the superior expertise of a human rights tribunal is confined to fact-finding and adjudication in a human rights context, and the standard of review on the basis of reasonableness is applicable to these matters. For general questions of law, a standard of correctness is appropriate. In the process of performing its adjudicative function, a human rights tribunal applies general legal reasoning and statutory interpretation, matters which are ultimately within the province of the judiciary. Human rights tribunals, however, have relative fact-finding expertise and should be accorded deference by the courts in this function. This may be reinforced in this case by s. 21(1) of the Act which may import some privative effect. This fact-finding expertise of human rights tribunals should not be restrictively interpreted, and it must be assessed against the backdrop of the particular decision the tribunal is called upon to make. Here, the Court must decide whether the Board's finding of discrimination was beyond its jurisdiction. The Board's authority to determine the issue of discrimination is found in s. 20(1) of the Act. Since a finding of discrimination is impregnated with facts, and given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of these facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in

publications antérieures à quelque moment que ce soit pendant la période de congé sans solde ou pendant qu'il occupe un poste de non-enseignant. La Cour du Banc de la Reine a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire, ordonnant que la clause 2d) de l'ordonnance soit annulée pour cause d'excès de compétence. La cour a également conclu que le deuxième paragraphe de l'ordonnance violait les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'il pouvait, à l'exception de la clause 2d), être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté les appels incidents interjetés à l'égard de la clause 2d) et a accueilli l'appel de R, statuant que les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance portaient atteinte aux libertés d'expression et de religion de R et ne pouvaient être justifiées au sens de l'article premier.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance sont rétablies.

(1) *Normes de contrôle*

Le présent pourvoi soulève deux questions générales relatives à la norme de contrôle judiciaire. La première est la question, relevant du droit administratif, de la norme de retenue à appliquer à la conclusion de la commission à l'existence de discrimination, et à l'ordonnance réparatrice qu'elle a rendue. La seconde question est celle de la norme de contrôle constitutionnel qui doit être appliquée à l'ordonnance de la commission. En ce qui concerne la question de droit administratif, l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne est limitée à l'appréciation des faits et aux décisions dans un contexte de droits de la personne, et la norme de contrôle applicable est celle fondée sur le caractère raisonnable. En ce qui concerne les questions générales de droit, la norme qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte. Dans l'exercice de son rôle décisionnel, le tribunal des droits de la personne adopte un raisonnement juridique général et interprète des lois, ce qui relève en dernière analyse de la compétence des cours de justice. Cependant, les tribunaux des droits de la personne ont une expertise relative en matière d'appréciation des faits et les cours de justice devraient leur témoigner de la retenue à cet égard. Cela peut être renforcé en l'espèce par le par. 21(1) de la Loi qui peut avoir un effet privatif. Il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement cette expertise des tribunaux des droits de la personne en matière d'appréciation des faits et il faut l'apprécier en fonction des décisions qu'ils sont appelés à rendre. En l'espèce, la Cour doit déterminer si la commission a excédé sa compétence en concluant à l'existence de discrimination. C'est le par. 20(1) de la Loi qui confère à la commission le pouvoir de trancher la ques-

light of the Board's superior expertise in fact-finding — a conclusion supported by the existence of words importing a limited privative effect into the constituent legislation. As for the order, the Board's discretionary power set forth in s. 20(6.2) of the Act is in such broad terms that the order cannot be said to fall outside its jurisdiction. Here too the tribunal is entitled to the same deference in fact finding.

This case also involves a constitutional challenge to the Board's order. An administrative tribunal acting pursuant to its delegated powers exceeds its jurisdiction if it makes an order that infringes the *Charter*. The *Charter* standard and the administrative law standard, however, must not be conflated into one. Where the issues involved are untouched by the *Charter*, the appropriate administrative law standard is properly applied as the standard of review; but when, as in this case, the values invoked are *Charter* values, it is necessary to subject the decision to a s. 1 analysis. In such a case, there is no need for an administrative law review of the values that have been dealt with pursuant to *Charter* examination under s. 1. If the decision is found to be constitutional, it is difficult to see how it could be patently unreasonable. A review of these same values on an administrative law standard should not impose a more onerous standard upon government than under the *Charter* review. Conversely, if the decision is unconstitutional, then its acceptability according to an administrative law standard is no longer relevant, as the decision is invalid and in excess of the Board's jurisdiction.

(2) *Discrimination*

The Board was correct in finding that R's continued employment as a teacher constituted discrimination under s. 5(1) of the Act, with respect to educational services available to the public. On the basis of the factual evidence disclosing the substance of R's writings and statements, and the notoriety of his anti-Semitic comments in the community and beyond, the Board properly concluded that R's off-duty comments undermined his ability to fulfil his teaching position. The evidence

tion de la discrimination. Étant donné qu'une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits et compte tenu de la complexité des déductions probatoires découlant des faits qui ont été présentés à la commission, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission en matière d'appréciation des faits, laquelle conclusion est étayée par la présence de mots qui confèrent à la loi constituante un effet privatif limité. Quant à l'ordonnance, le pouvoir discrétionnaire de la commission est énoncé de manière si générale, au par. 20(6.2) de la Loi, qu'on ne saurait dire qu'elle excède la compétence de la commission. Ici aussi, le tribunal administratif a droit à la même retenue en matière d'appréciation des faits.

Dans le présent pourvoi, on conteste également la constitutionnalité de l'ordonnance de la commission. Un tribunal administratif qui agit conformément aux pouvoirs qui lui ont été délégués excède sa compétence s'il rend une ordonnance qui contrevient à la *Charte*. Cependant, la norme de droit administratif et celle dictée par la *Charte* ne doivent pas être fondues en une seule norme. Lorsque les questions en litige ne sont pas touchées par la *Charte*, la norme de contrôle appropriée est celle du droit administratif; mais lorsque, comme dans le présent pourvoi, les valeurs invoquées sont des valeurs protégées par la *Charte*, la décision doit faire l'objet d'une analyse fondée sur l'article premier. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen, selon une norme de droit administratif, des valeurs qui avaient fait l'objet d'un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*. Si la décision est jugée constitutionnelle, il est difficile de voir comment elle pourrait être manifestement déraisonnable. Un examen de ces mêmes valeurs selon une norme de droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus stricte que ne le ferait un examen fondé sur la *Charte*. À l'inverse, si la décision est inconstitutionnelle, son acceptabilité suivant une norme de droit administratif n'est plus alors pertinente puisque la décision est invalide et excède la compétence de la commission.

(2) *Discrimination*

La commission a conclu à juste titre que le fait de continuer à employer R comme enseignant constituait de la discrimination au sens du par. 5(1) de la Loi, relativement aux services éducatifs offerts au public. Se fondant sur la preuve factuelle qui révèle la teneur des écrits et des déclarations de R et la notoriété de ses remarques antisémites dans la communauté et au-delà, la commission a eu raison de conclure que les propos que R a tenus en dehors de ses heures de travail ont

establishes a "poisoned" educational environment characterized by a lack of equality and tolerance. Although there is no direct evidence establishing an impact upon the school district caused by R's off-duty conduct, a reasonable inference is sufficient in this case to support a finding that R's continued employment impaired the educational environment generally in creating the "poisoned" environment. R's off-duty conduct impacted upon the educational environment in which he taught. Public school teachers assume a position of influence and trust over their students and must be seen to be impartial and tolerant. By their conduct, teachers, as "medium" of the educational message (the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system), must be perceived as upholding that message. A teacher's conduct is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within or outside the classroom. A school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it and it must be ever vigilant of anything that might interfere with this duty. It is not sufficient for a school board to take a passive role. Here, the Board found that the School Board failed to maintain a positive environment and concluded that the School Board had discriminated in its failure to take a proactive approach to the controversy surrounding R, thus suggesting the acceptance of R's views and of a discriminatory learning environment. There is no error in the Board's finding of discrimination against the School Board.

(3) Sections 2(a) and 2(b) of the Charter

The Board's order infringes R's freedom of expression, R's writings and statements clearly convey meaning and are protected by s. 2(b) of the *Charter*. The truth or popularity of their contents is not relevant to this determination. The order is intended to remedy the discrimination with respect to services available to the public, by preventing R from publicly espousing his views while he is employed as a public school teacher. On its face, its purpose and effect are to restrict R's expression. The order therefore violates s. 2(b) of the *Charter*. The order also infringes R's freedom of religion. This freedom ensures that every individual must be free to hold and to manifest without state interference those beliefs and opinions dictated by one's conscience. Assuming the sincerity of the beliefs and opinions, it is not open to

miné son aptitude à remplir ses fonctions d'enseignant. La preuve révèle l'existence d'un climat scolaire «empoisonné» caractérisé par l'inégalité et l'intolérance. Bien qu'il n'y ait aucune preuve directe que la conduite de R, après ses heures de travail, a eu des répercussions sur le district scolaire, une déduction raisonnable est suffisante, en l'espèce, pour étayer une conclusion que le fait de continuer à employer R a eu une incidence néfaste sur le milieu scolaire en général en créant ce climat «empoisonné». La conduite de R en dehors de ses heures de travail a influé sur le milieu dans lequel il enseignait. Les enseignants des écoles publiques occupent une position d'influence et de confiance par rapport aux élèves et doivent être perçus comme impartiaux et tolérants. Le comportement de l'enseignant, en sa qualité d'intermédiaire par lequel passe le message éducatif (les valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer), doit traduire son adhésion à ce message. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu'il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. Un conseil scolaire a l'obligation de maintenir un climat positif pour toutes les personnes qu'il sert et il doit toujours veiller à écarter tout ce qui pourrait nuire à cette obligation. Il ne lui suffit pas d'assumer un rôle passif. En l'espèce, la commission a conclu que le conseil scolaire a omis de maintenir un climat positif et qu'il a fait preuve de discrimination en n'adoptant pas une méthode proactive face à la controverse entourant R, laissant ainsi croire qu'il acceptait les idées de ce dernier et l'existence d'un milieu d'apprentissage discriminatoire. La commission n'a pas commis d'erreur en concluant que le conseil scolaire a fait preuve de discrimination.

(3) Les alinéas 2a) et b) de la Charte

L'ordonnance de la commission porte atteinte à la liberté d'expression de R. Les écrits et déclarations de R transmettent manifestement une signification et sont protégés par l'al. 2b) de la *Charte*. La véracité ou la popularité de leur contenu n'est pas pertinente aux fins de la présente décision. L'ordonnance vise à remédier à la discrimination dans les services offerts au public en empêchant R d'exprimer publiquement ses opinions pendant qu'il enseigne dans une école publique. À première vue, elle a pour objet et pour effet de restreindre l'expression de R. Elle viole donc l'al. 2b) de la *Charte*. L'ordonnance porte aussi atteinte à la liberté de religion de R. Cette liberté garantit que chacun est libre d'embrasser et de professer, sans ingérence de l'État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience. En

the courts to question their validity. Both ss. 2(a) and 2(b) must be given a broad interpretation, generally leaving competing rights to be reconciled under the s. 1 analysis. In certain cases this can be done in a relatively peremptory manner, but in this case, where R's claim is to a serious infringement of his rights in circumstances requiring a detailed contextual analysis, the detailed s. 1 analytical approach provides a more practical and comprehensive mechanism to assess competing interests.

(4) *Section 1 of the Charter*

The *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. Here, the educational context must be considered when balancing R's freedom to make discriminatory statements against the right of the children in the School Board to be educated in a school system that is free from bias, prejudice and intolerance; relevant to this particular context is the vulnerability of young children to messages conveyed by their teachers. The employment context is also relevant to the extent that the state, as employer, has a duty to ensure that the fulfilment of public functions is undertaken in a manner that does not undermine public trust and confidence. Teachers are also employees of a school board and a teacher's freedoms must be balanced against the school board's right to operate according to its own mandate. The anti-Semitism context is relevant as well because the Board's order was made to remedy the discrimination within the public school system that targeted Jews. In its order, the Board balanced R's freedoms against the ability of the School Board to provide a discrimination-free environment and against the interests of Jewish students; it may therefore be entitled to greater deference. An attenuated level of s. 1 justification is appropriate in this case in light of the nature of the rights allegedly infringed by the order. The expression sought to be protected is at best tenuously connected to the core values of freedom of expression. R's religious belief, which denigrates and defames the religious beliefs of others, erodes the very basis of the guarantee in s. 2(a) of the *Charter*. R's

supposant que ces croyances et opinions sont sincères, il n'est pas loisible aux cours de justice de mettre en question leur validité. Les alinéas 2a) et b) doivent recevoir une interprétation large, les droits opposés devant généralement être conciliés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans certains cas, cela peut se faire d'une manière relativement péremptoire, mais, dans la présente affaire où R allègue une atteinte grave à ses droits dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée, la méthode analytique détaillée, établie sous le régime de l'article premier, constitue un moyen plus pratique et complet d'apprécier des intérêts opposés

(4) *L'article premier de la Charte*

Le critère de l'arrêt *Oakes* devrait s'appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu'on examine de près le contexte. En l'espèce, il faut tenir compte du contexte de l'éducation pour établir un équilibre entre la liberté de R de faire des déclarations discriminatoires et le droit des enfants du conseil scolaire d'être instruits dans un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé, ni aucune intolérance; la vulnérabilité des jeunes enfants aux messages transmis par leurs enseignants est pertinente relativement à ce contexte particulier. Le contexte de l'emploi est aussi pertinent dans la mesure où l'État, à titre d'employeur, est tenu de veiller à ce que les fonctions publiques soient exercées de manière à ne pas saper la confiance du public. L'enseignant est aussi l'employé d'un conseil scolaire et ses libertés doivent être pondérées en fonction du droit du conseil scolaire de remplir son propre mandat. Le contexte de l'antisémitisme est également pertinent du fait que l'ordonnance de la commission visait à remédier à la discrimination, dans le système scolaire public, dont étaient victimes les Juifs. Dans son ordonnance, la commission a évalué les libertés de R en fonction de l'aptitude du conseil scolaire à assurer l'existence d'un milieu exempt de discrimination, et en fonction des intérêts des élèves juifs; elle peut donc avoir droit à une plus grande retenue. En l'espèce, il convient de permettre un degré atténué de justification au sens de l'article premier, compte tenu de la nature des droits qui auraient été violés par l'ordonnance. L'expression qu'on cherche à protéger n'a tout au plus qu'un lien ténu avec les valeurs qui sont au cœur de la liberté d'expression. La croyance religieuse de R qui dénigre et attaque les croyances religieuses d'autrui

religious views serve to deny Jews respect for dignity and equality.

The Board's order aims at remedying the discrimination found to have poisoned the educational environment in the School Board. This objective is clearly of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. There is also a rational connection between the order and its objective. While the evidence did not establish a direct link between the poisoned educational environment and R's anti-Semitic views, it is sufficient that the Board found it "reasonable to anticipate" that there was a causal relationship between R's conduct and the harm. It is possible to "reasonably anticipate" the causal relationship in this case because of the significant influence teachers exert on their students and the stature associated with the role of a teacher. R's removal from his teaching position was thus necessary to ensure that no influence of this kind is exerted by him upon his students and to ensure that the educational services are discrimination-free. Accordingly, clauses 2(a), (b) and (c) of the order, which deal with R's removal from his teaching position, are rationally connected to the order's objective. They were also carefully tailored to accomplish this objective and minimally impair R's constitutional freedoms. The deleterious effects of these clauses upon R's freedoms are limited to the extent necessary to the attainment of their purpose. R is free to exercise his fundamental freedoms in a manner unrestricted by this order, upon leaving his teaching position, and he is not prevented from holding a position within the School Board if a non-teaching position becomes available. The objectives of preventing and remedying the discrimination in the provision of educational services to the public outweigh any negative effects on R produced by these clauses. Clauses 2(a), (b) and (c) of the order are justified under s. 1 and were properly made within the Board's jurisdiction.

Clause 2(d), however, fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. It may be that R's continued presence in the School Board would produce a residual effect even after he was removed from a teaching position, which may be what the clause sought to address. However, the evidence does not support the conclusion that the residual poisoned effect would remain indefinitely. For that reason, clause 2(d), which imposes a permanent ban, does not meet the minimal impairment test. Clause 2(d) should be severed from the remainder of the order on the basis that it does not constitute a jus-

mine le fondement même de la garantie de l'al. 2a) de la *Charte*. R se sert de ses opinions religieuses pour nier aux Juifs le respect de la dignité et de l'égalité.

L'ordonnance de la commission vise à remédier à la discrimination qui, a-t-on conclu, a empoisonné le milieu de l'enseignement du conseil scolaire. Il est clair que cet objectif est suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté constitutionnelle. Il existe également un lien rationnel entre l'ordonnance et son objectif. Même si la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien direct entre le milieu scolaire empoisonné et les opinions antisémites de R, il est suffisant que la commission ait conclu qu'il était «raisonnable de s'attendre» à ce qu'il y ait un lien causal entre le comportement de R et le préjudice causé. Il est possible de «s'attendre raisonnablement» à l'existence d'un lien causal en l'espèce en raison de l'influence importante que l'enseignant exerce sur ses élèves, et du statut associé à son rôle. Il était donc nécessaire de retirer à R son poste d'enseignant afin d'assurer qu'il n'exerce plus ce genre d'influence sur ses élèves et que les services éducatifs soient exempts de toute discrimination. En conséquence, les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance, qui visent à retirer à R son poste d'enseignant, sont rationnellement liées à cet objectif. Elles ont également été soigneusement conçues pour réaliser cet objectif et elles portent atteinte de façon minimale aux libertés constitutionnelles de R. Les effets pernicieux de ces clauses sur les libertés de R sont limités à la mesure nécessaire pour réaliser leur objectif. Après avoir quitté son poste d'enseignant, R sera libre d'exercer ses libertés fondamentales d'une manière non restreinte par l'ordonnance et il ne lui sera pas interdit de travailler au sein du conseil scolaire si un poste de non-enseignant s'ouvre. Les objectifs de prévenir la discrimination dans la prestation de services éducatifs au public, et d'y remédier, l'emporte sur les effets négatifs que ces clauses peuvent avoir sur R. Les clauses 2a), b) et c) de l'ordonnance sont justifiées au sens de l'article premier et relèvent de la compétence de la commission.

Cependant, la clause 2d) ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Il se peut que le maintien de R au sein du conseil scolaire ait un effet résiduel même après son retrait de l'enseignement, et c'est peut-être ce que la clause vise à éviter. Toutefois, la preuve n'étaye pas la conclusion que l'effet résiduel empoisonné durerait indéfiniment. Pour ce motif, la clause 2d) qui impose une interdiction permanente ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. Il y a lieu de retrancher la clause 2d) du reste de l'ordonnance pour le motif qu'elle ne constitue pas une

tifiable infringement of the *Charter* and is therefore in excess of the Board's jurisdiction.

Cases Cited

Applied: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641; *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees v. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), 15.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, ss. 5(1) [rep. & sub. 1985, c. 30, s. 7; am. 1992, c. 30, s. 5(a)], 20(1) [rep. & sub. 1985, c. 30, s. 13(a); am. 1987, c. 6, s. 41], 20(4.1)(d) [ad. 1985, c. 30, s. 13(d)], 20(6.2) [*idem*, s. 13(g)], 21(1) [rep. & sub. *idem*, s. 14].

Authors Cited

Reyes, Allison. "Freedom of Expression and Public School Teachers" (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1993), 142 N.B.R. (2d) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173, allowing an appeal and dismissing cross-

atteinte justifiable à la *Charte* et qu'elle excède ainsi la compétence de la commission.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés:** *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Re Cromer and British Columbia Teachers' Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641; *Abbotsford School District 34 Board of School Trustees c. Shewan* (1987), 21 B.C.L.R. (2d) 93; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), 15.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11 [mod. 1985, ch. 30, art. 1], art. 5(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 7; mod. 1992, ch. 30, art. 5a)], 20(1) [abr. & rempl. 1985, ch. 30, art. 13a)]; 20(4.1)(d) [aj. *idem*, art. 13d)], 20(6.2) [*idem*, art. 13g)], 21(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 14].

Doctrine citée

Reyes, Allison. «Freedom of Expression and Public School Teachers» (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1993), 142 R.N.-B. (2^e) 1, 364 A.P.R. 1, 110 D.L.R. (4th) 241, 19 C.H.R.R. D/173, qui a accueilli un appel principal et rejeté

appeals from a judgment of Creaghan J. (1991), 121 N.B.R. (2d) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250, which allowed in part an application for judicial review of a decision of a human rights board of inquiry (1991), 121 N.B.R. (2d) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339. Appeal allowed.

Neil Finkelstein, George Vegh, Joseph Weir and Janice Spencer, for the appellant Attis.

Thomas S. Kuttner, Charles Ferris and Irving Cotler, for the appellant the Human Rights Commission of New Brunswick.

Joel Richler and Keith Landy, for the appellant the Canadian Jewish Congress.

Douglas H. Christie, for the respondent Ross.

Frank A. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Matas, Marvin Kurz and Jacquie Chic, for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Edward L. Greenspan, Q.C., for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Joseph J. Arvay, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — This appeal concerns the obligation imposed upon a public school board pursuant to provincial human rights legislation to provide discrimination-free educational services. It further involves the fundamental freedom of an individual teacher to publicly express his views and to exercise his religious beliefs during his off-duty time. The main issues raised by this appeal are whether a school board, which employs a teacher who publicly makes invidiously discrimi-

des appels incidents contre une décision du juge Creaghan (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 361, 304 A.P.R. 361, 86 D.L.R. (4th) 749, 16 C.H.R.R. D/250, qui avait accueilli en partie une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une commission d'enquête sur les droits de la personne (1991), 121 R.N.-B. (2^e) 1, 304 A.P.R. 1, 15 C.H.R.R. D/339. Pourvoi accueilli.

Neil Finkelstein, George Vegh, Joseph Weir et Janice Spencer, pour l'appelant Attis.

Thomas S. Kuttner, Charles Ferris et Irving Cotler, pour l'appelante la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick.

Joel Richler et Keith Landy, pour l'appelant le Congrès juif canadien.

Douglas H. Christie, pour l'intimé Ross.

Frank A. Falzon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Matas, Marvin Kurz et Jacquie Chic, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Edward L. Greenspan, c.r., pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Joseph J. Arvay, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi concerne l'obligation qui incombe à un conseil scolaire public, aux termes d'une loi provinciale sur les droits de la personne, de fournir des services éducatifs exempts de discrimination. Il met également en cause la liberté fondamentale d'un enseignant d'exprimer publiquement ses opinions et de professer ses croyances religieuses en dehors de ses heures de travail. Les principales questions soulevées en l'espèce sont de savoir si un conseil

natory statements, discriminates with respect to services it offers to the public pursuant to s. 5(1) of the New Brunswick *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, and whether an order to rectify the discrimination, which seeks to remove the teacher from his teaching position, infringes upon the teacher's freedom of expression and freedom of religion guaranteed under ss. 2(a) and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I. Facts

² The factual context within which these issues arise is as follows. On April 21, 1988, the appellant Attis filed a complaint with the Human Rights Commission of New Brunswick, alleging that the Board of School Trustees, District No. 15, violated s. 5 of the *Human Rights Act* by discriminating against him and his children in the provision of accommodation, services or facilities on the basis of religion and ancestry. The appellant Attis alleged that the School Board, by failing to take appropriate action against the respondent Ross, a teacher working for the School Board who publicly made racist, discriminatory and bigoted statements, condoned his anti-Jewish views and breached s. 5 of the Act by discriminating against Jewish and other minority students within the educational system served by the School Board.

³ On September 1, 1988, a human rights board of inquiry was established to investigate the complaint. In the complaint, the appellant Attis, a Moncton resident, described himself as a Jew. He alleged that the discriminatory conduct by the School Board occurred from March 29, 1977 to April 21, 1988, and arose out of the actions of the respondent Ross, a teacher at Magnetic Hill School. The latter made racist and discriminatory statements in published writings and in appearances on public television. In his published writings, which consist of four books or pamphlets published from 1978 to 1989, and three letters to New Brunswick newspapers, Ross (whom I shall hereafter refer to simply as the respondent) argued that Christian civilization was being undermined

scolaire, dont l'un des enseignants fait publiquement des déclarations injustement discriminatoires, fait preuve de discrimination quant aux services qu'il offre au public, au sens du par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, et si une ordonnance visant à corriger la situation discriminatoire en retirant à l'intéressé son poste d'enseignant, porte atteinte aux libertés d'expression et de religion qui lui sont garanties par les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Les faits

Ces questions s'inscrivent dans le contexte suivant. Le 21 avril 1988, l'appelant Attis a déposé, auprès de la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, une plainte dans laquelle il alléguait que le conseil scolaire du district n° 15 avait violé l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* en faisant preuve de discrimination envers lui et ses enfants quant au logement, aux services et aux commodités pour des raisons de croyance et d'ascendance. L'appelant Attis a soutenu qu'en omettant de prendre des mesures appropriées contre l'un de ses enseignants, l'intimé Ross, qui avait fait publiquement des déclarations racistes, discriminatoires et fanatiques, le conseil scolaire a toléré ses opinions antisémites et a enfreint l'art. 5 de la Loi en faisant preuve de discrimination envers les élèves juifs et ceux des autres minorités dans le système d'éducation qu'il assure.

Le 1^{er} septembre 1988, une commission d'enquête sur les droits de la personne a été constituée pour faire la lumière sur la plainte. Dans cette plainte, l'appelant Attis, un résident de Moncton qui se disait juif, a allégué que la conduite discriminatoire adoptée par le conseil scolaire, entre le 29 mars 1977 et le 21 avril 1988, découlait des actions de l'intimé Ross qui enseignait à l'école Magnetic Hill. Ce dernier avait fait des déclarations racistes et discriminatoires dans des écrits qu'il avait publiés et lors d'émissions de télévision publique auxquelles il avait participé. Dans ses publications qui comprenaient quatre livres ou brochures publiés de 1978 à 1989, ainsi que trois lettres à des journaux du Nouveau-Brunswick, Ross (que je vais simplement désigner ci-après

Parliament, it is difficult to see how the proper exercise of the discretion can be attacked on the basis of visitation "rights" that are granted solely on the basis of the best interests of the child. It is true that the judgments of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. also placed reliance on the factors set forth in *Big M*, but these are really an earlier and simpler formulation of values later incorporated in the more complex s. 1 formulation devised in *Oakes*. So while there may be a difference in form, there is really no conflict between *Young* and *B. (R.)*. It is noteworthy, however, that under *B. (R.)*, consistently with *Young*, it may not always be necessary to have resort to the full panoply of tests elaborated in *Oakes*. At page 385 of that case, I stated:

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes, supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden.

l'arrêt *Young*. À moins d'être disposé à mettre en question l'ensemble du régime établi par le législateur, il est difficile de voir comment l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire peut être attaqué sur la base des «droits» de visite accordés dans le seul intérêt de l'enfant. Il est vrai que, dans leurs motifs, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont également invoqué les facteurs énoncés dans l'arrêt *Big M*, mais ceux-ci ne sont en réalité qu'une formulation plus simple des valeurs qui ont, par la suite, été incorporées dans la formulation plus complexe relative à l'article premier que l'on trouve dans l'arrêt *Oakes*. Ainsi, bien qu'il existe une différence de forme, il n'y a en réalité aucun conflit entre les arrêts *Young* et *B. (R.)*. Cependant, il vaut la peine de souligner que, suivant l'arrêt *B. (R.)* tout comme l'arrêt *Young*, il se peut qu'il ne soit pas toujours nécessaire de recourir à toute la panoplie des critères établis dans l'arrêt *Oakes*. Comme je l'affirme, à la p. 385 de l'arrêt *B. (R.)*:

Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées.

75

What has to be kept in mind is that all rights under the *Charter* are guaranteed by s. 1 subject to the limitations there described. The important thing is that the competing values of a free and democratic society have to be adequately weighed in the appropriate context. I need not further explore when or under what circumstances a more peremptory process may be justifiable. I do refer again to Dickson C.J.'s remarks in *Keegstra* that while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2 it is analytically practical to do so. That approach seems to me compelling in the present case where the respondent's claim is to a serious infringement of his rights of expression and of religion in a context requiring a detailed contextual analysis. In these circumstances, there can be no doubt that the detailed s. 1 analytical approach developed by this Court provides a more practical and comprehensive mechanism, involv-

Il faut se rappeler que tous les droits protégés par la *Charte* sont garantis par l'article premier sous réserve des restrictions qui y sont prévues. Ce qui importe, c'est que les valeurs opposées d'une société libre et démocratique soient bien soupesées dans le contexte approprié. Je n'ai pas à examiner davantage les circonstances dans lesquelles un processus plus péremptoire peut être justifiable. Je renvoie encore là aux remarques du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, selon lesquelles bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique. Ce point de vue me semble s'imposer dans le présent pourvoi où l'intimé allègue une atteinte grave à ses droits à la liberté d'expression et de religion dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que la méthode analytique détaillée que

ing review of a whole range of factors for the assessment of competing interests and the imposition of restrictions upon individual rights and freedoms.

I conclude that the order infringes the respondent's freedom of expression and freedom of religion, and the issue, then, is whether this infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

E. Section 1 of the Charter

In *Oakes*, *supra*, at p. 136, Dickson C.J. stated that in determining whether *Charter* rights and freedoms should be limited,

[t]he Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

Ultimately, any attempt to determine whether the order is a justifiable infringement of the respondent's freedom of expression and of religion must involve a weighing of these essential values and principles, namely the accommodation of a wide variety of beliefs on the one hand and respect for cultural and group identity, and faith in social institutions that enhance the participation of individuals and respect for the inherent dignity of the human person on the other.

The factors to be considered in applying the *Oakes* test have frequently been reviewed, most recently in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where both the

notre Cour a établie sous le régime de l'article premier constitue un mécanisme plus pratique et complet qui comporte l'examen de toute une gamme de facteurs aux fins de l'appréciation d'intérêts opposés et de l'imposition de restrictions à des droits et libertés individuels.

Je conclus que l'ordonnance porte atteinte aux libertés d'expression et de religion de l'intimé. Il s'agit maintenant de savoir si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

E. L'article premier de la Charte

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136, le juge en chef Dickson affirme que, pour déterminer s'il y a lieu de restreindre des droits et libertés garantis par la *Charte*,

[l]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

En dernière analyse, toute tentative de déterminer si l'ordonnance constitue une atteinte justifiable aux libertés d'expression et de religion de l'intimé doit comporter une évaluation de ces valeurs et principes essentiels, savoir l'acceptation d'une grande diversité de croyances, d'une part, et le respect de chaque culture et de chaque groupe, ainsi que la foi dans les institutions sociales qui favorisent la participation des individus et le respect de la dignité inhérente de l'être humain, d'autre part.

Les facteurs qu'il faut prendre en considération en appliquant le critère de l'arrêt *Oakes* ont été souvent examinés, notamment dans l'arrêt tout récent *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur*

76

77

78

majority and minority agreed that an approach involving a "formalistic 'test' uniformly applicable in all circumstances" must be eschewed. Rather, the *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, reiterated her statement in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47, that conflicting values must be placed in their factual and social context when undertaking a s. 1 analysis.

général), [1995] 3 R.C.S. 199, où tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont convenu qu'il fallait éviter d'adopter un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances». Le critère de l'arrêt *Oakes* devrait, au contraire, s'appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu'on examine de près le contexte. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin a réitéré l'énoncé qu'elle avait fait dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247, selon lequel il faut situer les valeurs opposées dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

79 In addressing this contextual analysis, the appellant Human Rights Commission invited us to consider three contexts it deemed relevant to such an analysis, namely, the educational context, the employment context, and the anti-Semitism context. I shall consider these in turn.

Dans le cadre de cette analyse contextuelle, l'appelante la Commission des droits de la personne nous a invités à prendre en considération trois contextes qu'elle jugeait pertinents à cette fin, savoir le contexte de l'éducation, celui de l'emploi et celui de l'antisémitisme. Je vais examiner chacun de ces contextes à tour de rôle.

80 In relation to the educational context, the Commission discussed modern educational theory which stresses "the inculcation of those fundamental values upon which a democratic polity rests" as a central function of a public school. It also referred to the Government of New Brunswick's Ministerial Statement, the guiding principles of which include the following: that every individual has a right to be educated in a school system that is free from bias, prejudice and intolerance; that any manifestation of discrimination on the basis of gender, race, ethnicity, culture or religion by any persons in the public school system is not acceptable; and that school programs and practices promote students' self-esteem and assist in developing a pride in one's own culture and heritage.

En ce qui concerne le contexte de l'éducation, la Commission des droits de la personne a analysé la théorie pédagogique moderne qui insiste sur le fait que l'une des fonctions principales de l'école publique est [TRADUCTION] «d'inculquer les valeurs fondamentales qui sous-tendent un régime démocratique». Elle a aussi mentionné l'énoncé ministériel du gouvernement du Nouveau-Brunswick, dont les principes directeurs sont notamment les suivants: toute personne a le droit d'être instruite dans un système scolaire où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune intolérance; aucune discrimination fondée sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la culture ou la religion dans le système scolaire public n'est acceptable; les méthodes et programmes scolaires doivent promouvoir l'estime de soi chez les élèves et aider à susciter chez eux la fierté de leur propre culture et de leur propre patrimoine.

These considerations seem to me to be highly relevant. In discussing the interest of the State in the education of its citizens in *Jones, supra*, at p. 296, I stated that “[w]hether one views it from an economic, social, cultural or civic point of view, the education of the young is critically important in our society”. And I adopted at p. 297 much of what was said in the American case of *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), in the following passage, at p. 493:

Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. . . . It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment.

The importance of the provision of education by the state, and the Government of New Brunswick’s commitment to eradicating discrimination in the public school system must inform our constitutional review of the order, which, it will be remembered, was made to remedy practices in the provision of educational services found to be discriminatory.

There can be no doubt that the attempt to foster equality, respect and tolerance in the Canadian educational system is a laudable goal. But the additional driving factor in this case is the nature of the educational services in question: we are dealing here with the education of young children. While the importance of education of all ages is acknowledged, of principal importance is the education of the young. As stated in *Brown, supra*, education awakens children to the values a society hopes to foster and to nurture. Young children are especially vulnerable to the messages conveyed by their teachers. They are less likely to make an intellectual distinction between comments a teacher makes in the school and those the teacher makes outside the school. They are, therefore, more likely to feel threatened and isolated by a teacher who makes comments that denigrate personal characteristics of a group to which they belong. Furthermore, they are unlikely to distin-

Ces considérations me semblent fort pertinentes. En analysant l’intérêt de l’État dans l’éducation de ses citoyens dans l’arrêt *Jones*, précité, j’ai affirmé, à la p. 296, que peu importe «[q]ue l’on se place d’un point de vue économique, social, culturel ou communautaire, l’éducation des jeunes est primordiale dans notre société». Et, à la p. 297, j’ai fait mienne une grande partie de ce qui a été dit dans l’extrait suivant de l’arrêt américain *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), à la p. 493:

[TRADUCTION] De nos jours, l’éducation est sans doute la plus importante fonction des gouvernements locaux et d’État. [. . .] C’est la fondation même de toute citoyenneté solide. Aujourd’hui, il s’agit d’un des principaux instruments pour éveiller l’enfant aux valeurs culturelles, pour le préparer à une formation professionnelle ultérieure et pour l’aider à s’adapter normalement à son milieu.

L’importance du rôle de l’État en matière d’éducation et l’engagement du gouvernement du Nouveau-Brunswick à éliminer la discrimination dans le système scolaire public doivent guider notre examen constitutionnel de l’ordonnance, qui, rappelons-le, visait à corriger certaines pratiques jugées discriminatoires dans la prestation de services éducatifs.

Il ne fait aucun doute que tenter de promouvoir l’égalité, le respect et la tolérance dans le système d’enseignement canadien est un objectif louable. Toutefois, l’autre facteur déterminant en l’espèce est la nature des services éducatifs en question: il s’agit ici de l’éducation de jeunes enfants. Bien que l’on reconnaisse l’importance de l’éducation à tous les âges, celle des jeunes revêt une importance primordiale. Comme on l’a dit dans l’arrêt *Brown*, précité, l’éducation éveille les enfants aux valeurs que la société espère promouvoir et développer. Les jeunes enfants sont particulièrement vulnérables aux messages transmis par leurs enseignants. Ils sont moins susceptibles de faire une distinction intellectuelle entre les remarques qu’un enseignant fait à l’école et celles qu’il fait à l’extérieur de l’école. Ils sont donc plus susceptibles de se sentir menacés et isolés par un enseignant qui dénigre les caractéristiques personnelles du groupe auquel ils appartiennent. De plus, ils ne distinguent-

[1988] R.J.Q. 670 à 679

Cour d'Appel

ANDRÉ ROYER
et un autre,
demandeurs appelants, c.
IVAN MIGNAULT,
défendeur intimé

*DROIT CONSTITUTIONNEL — droits et libertés
— immunité des juges de la Cour supérieure.*

Appel d'un jugement ayant accueilli une requête en irrecevabilité et ayant rejeté l'action en dommages-intérêts des appelants. Rejeté.

Le juge intimé a présidé le procès pour meurtre au premier degré du client des appelants, deux avocats ayant agi en défense. Le jury trouva l'accusé coupable. Les appelants demandèrent alors à l'intimé de retarder le prononcé de la sentence, de façon à présenter des témoins-experts (psychologues, criminologues, sociologues) au soutien d'une requête attaquant la constitutionnalité de la sentence mandatoire d'emprisonnement à vie, qui constituerait un châtiment cruel et inusité. La demande fut refusée. Après un court ajournement, la séance reprit en l'absence de l'accusé. L'intimé fit alors quelques remarques quant à la compétence des appelants. L'accusé fut ensuite ramené devant la Cour et la sentence fut rendue. L'intimé adressa alors d'autres remarques aux appelants, les invitant à consulter des spécialistes en droit criminel plutôt que des psychiatres. L'action en dommages intentée contre l'intimé par les appelants fut con-

trée par la requête en irrecevabilité accueillie par le premier juge.

M. le juge Rothman : *Un juge d'une cour supérieure jouit d'une immunité absolue pour tout ce qu'il dit ou fait dans l'exercice de ses fonctions de juge, sauf s'il agit en dehors de sa compétence en sachant qu'il n'a pas le pouvoir de faire ce qu'il fait. Les appelants prétendent que l'intimé n'agissait pas en tant que juge lorsqu'il a parlé en l'absence de l'accusé. Cet argument est rejeté. L'intimé agissait en tant que juge ; s'il a erré, il ne l'a pas fait en indiquant qu'il agissait en dehors de ses fonctions judiciaires et sans détenir le pouvoir ou la compétence de dire ce qu'il voulait dire. Les appelants plaident subsidiairement que l'intimé a violé l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. Même en admettant que cet article couvre les dommages à la réputation, il appert que l'article 32 de la charte ne peut être interprété de façon à inclure le judiciaire dans la notion de « gouvernement », ou les cours et les juges dans la notion d'agents de l'action gouvernementale. Même si l'article 32 ne limitait pas les droits des appelants de poursuivre un juge pour ses actes judiciaires, la règle de l'immunité rendrait cette action irrecevable. Cette règle n'est pas inconstitutionnelle ; bien au contraire, elle est un ingrédient essentiel de l'indépendance judiciaire. Par ailleurs, même si la charte s'appliquait au cas présent, il faudrait conclure que la règle de l'immunité est justifiée au sens de l'article 1 de la charte.*

M. le juge Bisson partage l'opinion de M. le juge Rothman et ajoute que l'intimé a commis une erreur en recevant, hors la présence de l'accusé, une argumentation quant à la demande de ses avocats. Cependant, l'intimé agissait en sa qualité de juge. Les recours que l'erreur de l'intimé peut proeurer à l'accusé n'ont aucun effet sur l'immunité dont jouit l'intimé.

M. le juge McCarthy n'exprime aucune opinion quant aux énoncés de M. le juge Rothman relatifs aux questions de la règle de l'immunité et la Constitution et de l'application de l'article 1 de la charte.

Charte canadienne des droits et libertés (R.U.), (1982, c. 11, annexe B, partie I), art. 1, 7, 11 d), 12, 24 paragr. 1, 32 — Constitutionnelle de 1982 (R.U.) (Loi), (1982, c. 11, annexe B), art. 52.

MM. les juges Bisson, McCarthy et Rothman — C.A. Québec 200-09-000595-857 (M. le juge Fernand Legault, C.S. Québec 200-05-000498-852, 1985-07-17), 1988-03-03 — *M^e Jacques Larochelle*, pour les appelants — *Langlois, Trudeau, M^e Raymond Langlois et M^e Luc Huppé*, et *M^e Jean-Claude Hébert* (avocat-conseil), pour l'intimé.

N.D.L.R. : Le jugement de l'instance antérieure a été publié à [1985] C.S. 1017.

88-01-1396

J.E. 88-382

Jurisprudence citée

Morier c. Rivard, (1985) 2 R.C.S. 716 ; *Pierson c. Ray*, 386 U.S. 547 (1967 ; *R. c. Barrow*, (1987) 2 R.C.S. 694 ; *R. c. Hertrich*, (1982) 67 C.C.C. 510 (Ont. C.A.) ; *R. c. Lawrence*, [1933] A.C. 699 et (1933) 3 W.W.R. 102 ; *R. c. Rahey*, (1987) 1 R.C.S. 588 ; *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 573 ; *Stump c. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1977) ; *Vézina c. R.*, (1986) 1 R.C.S. 2.

TEXTE INTÉGRAL DU JUGEMENT

La Cour, statuant sur l'appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 17 juillet 1985 par l'honorable juge Fernand Legault, accueillant une requête en irrecevabilité et rejetant l'action en dommages des appelants ;

Après étude du dossier, audition et délibéré ;

Pour les motifs exposés aux opinions écrites de messieurs les juges Bisson, McCarthy et Rothman, dont copies sont déposées avec le présent arrêt :

Rejette l'appel, avec dépens.

M. le juge Bisson. Partageant l'opinion et les conclusions de mon collègue, monsieur le juge Rothman, j'aimerais n'ajouter que quelques observations sur la présence d'un accusé à son procès.

Cette présence est requise tout au long du procès, y compris tout le processus de la détermination de la peine.

Dans *R. c. Lawrence*, lord Atkin disait :

It is essential principle of our criminal law that the trial of an indictable offence has to be conducted in the presence of the accused ; and for this purpose trial means the whole of the proceedings including sentence ⁽¹⁾.

Dans *R. e. Hertrich* ⁽²⁾, la Cour d'Appel de l'Ontario, sous la plume de monsieur le juge Martin, a été amenée à étudier, dans le cadre de l'article 577 (1) C.Cr., ce qu'il fallait entendre par « le procès », et on a indiqué que faisait partie du procès « *the imposition of sentence* » ⁽³⁾.

Dans *Vézina c. R.* ⁽⁴⁾, la Cour suprême du Canada a repris cette notion et a endossé le passage pertinent de l'arrêt *Hertrich*.

Plus récemment, dans *R. c. Barrow* ⁽⁵⁾, la Cour suprême est revenue sur le sujet, et le très honorable Brian Dickson a de nouveau repris le prononcé de l'arrêt *Hertrich* ⁽⁶⁾.

L'intimé voudrait limiter la nécessité de la présence de l'accusé uniquement au « moment où sa sentence lui est imposée ».

Je vois mal la logique de cette limitation.

En effet, s'il est important et même impérieux que l'accusé sache à combien il est condamné — de toute manière, il pourrait l'apprendre autrement que par sa présence en cour —, il est encore plus nécessaire qu'il soit présent lorsque, de part et d'autre, les parties font valoir leurs moyens.

Il est vrai qu'en l'espèce le verdict de meurtre au premier degré entraîne nécessairement une peine de perpétuité avec un minimum d'incarcération de 25 ans avant d'être éligible à une libération conditionnelle.

Mais c'est précisément cette sentence mandatoire que les appelants contestaient et au sujet de laquelle ils faisaient leurs représentations à l'intimé.

Appliquant les principes généraux émis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Barrow*, j'en conclus que ce fut une erreur pour le juge qui présidait le procès — une fois qu'en l'absence de l'accusé ses avocats eurent amorcé leur demande de faire entendre des témoins sur sentence — de recevoir, hors la présence de l'accusé, des représentations quant à la requête de ses avocats.

Cette partie du processus sentenciel se déroula en l'absence de l'accusé le 13 février 1985, de 11 h 06 jusqu'à 11 h 29, et la traduction des propos échangés couvre 15 pages du mémoire des appelants.

Par contre, pour les fins de la présente procédure, j'estime que, même en commettant une erreur, l'intimé agissait toujours ès qualités de juge dans ce procès et n'avait pas perdu l'immunité dont il jouissait.

(1) [1933] A.C. 699 et (1933) 3 W.W.R. 102, 108.

(2) (1982) 67 C.C.C. 510 (Ont. C.A.).

(3) *Id.*, 527.

(4) (1986) 1 R.C.S. 2, 10.

(5) (1987) 2 R.C.S. 694.

(6) *Id.*, 705 et 706.

En effet, il ne faut pas confondre, d'une part, la situation créée par l'erreur du juge d'avoir tenu séance hors la présence de l'accusé — ce qui peut entraîner certaines conséquences quant à cet accusé — et, d'autre part, la situation créée, quant aux appelants, par le prononcé par le juge, à ce moment, des paroles qualifiées dommageables.

Ce n'est pas parce que le juge a prononcé ces paroles alors qu'il se trouvait dans la première situation quant à l'accusé que cela lui fait perdre l'immunité qu'il avait et qu'il a conservée pour toutes les fins de sa situation à l'égard des appelants.

À ce sujet, par analogie, j'appliquerais ce que monsieur le juge Chouinard disait, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Morier c. Rivard* (7).

M. le juge McCarthy. I agree with my colleague Rothman's summary of the facts and of the issues in appeal and with his comments under the headings « Immunity of Superior Court judges », « Absence of the Accused from the courtroom » and « The procedural argument ». So far as Section 7 of the Charter (8) is concerned, I assume that Respondent's remarks could constitute a violation of a right guaranteed thereunder. The comments made in Dolphin Delivery (9) by McIntyre, J. (with the agreement of all his colleagues) must nonetheless mean, as my colleague indicates, that the Charter is not applicable in circumstances such as those of the present case. Appellants argue that comments made subsequently in Rahey (10) by LaForest, J. (who was not a member of the Bench which heard Dolphin Delivery but who spoke in Rahey both for himself and for McIntyre, J.) signify a different attitude on the part of the Supreme Court. I am unable to agree: no reference was made in Rahey to Dolphin Delivery or to Section 32 of the Charter. (I express no opinion concerning the matters discussed by my colleague under the headings « The Immunity Rule and the Constitution » and « Section 1 of the Charter ».)

I would dismiss the appeal with costs.

M. le juge Rothman. This is an appeal from a judgment of the Superior Court maintaining an Exception to Dismiss under Article 165, paragraph 4 C.P., and dismissing an action in damages taken by Appellants against Respondent. The appeal is concerned with the immunity from civil proceedings of Superior Court judges.

The facts

Appellants are members of the Bar of Quebec. During the months of January and February 1985, they acted as defence counsel to Denis Lortie who was tried before a judge and jury on a charge of first degree murder. Respondent is a judge of the Superior Court of Quebec. He was the Presiding Judge in the Lortie trial.

On February 13th, 1985, the jury found Lortie guilty of first degree murder (11). Following this verdict, Appellants requested that the Judge postpone sentencing in order to permit them to present a motion to attack the constitutionality of the mandatory sentence of life imprisonment for first degree murder, on grounds that this constituted cruel and unusual punishment in violation of Section 12 of the Canadian Charter of Rights. Appellants suggested that they wished to call expert witnesses — psychologists, criminologists and possibly sociologists in support of these proceedings.

The Trial Judge indicated, in the presence of the accused, that he would refuse the postponement, that he would adjourn for a few minutes and that he would then impose sentence.

Thirty minutes or so later, the hearing resumed, for a time, in the absence of the accused. At this point, the Trial Judge addressed some remarks to Appellants regarding their conduct of the trial which reflected on their professional competence. The accused was then returned to the courtroom and sentence was imposed. Immediately following the sentencing, during a discussion between counsel and the Trial Judge as to the fixing of a date for the trial of the remaining charges against the accused, the Trial Judge commented further :

Par la Cour :

Oui.

(7) (1985) 2 R.C.S. 716, 745.

(8) Charte canadienne des droits et libertés dans Loi sur le Canada 1982 (R.U.), (1982, c. 11, annexe B, partie I).

(9) S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd., (1986) 2 R.C.S. 573.

(10) R. c. Rahey, (1987) 1 R.C.S. 588, 633 et 649-650.

(11) C.S. Québec 200-01-002780-843, le 13 février 1985.

Mais je vais vous dire une chose, je vais les reporter au prochain terme.

Vous me comprenez, là. Et regardez-moi bien, je vous conseille, conseille fortement de consulter cette fois-ci, non pas des psychiatres ou des experts en linguistique mais des spécialistes en droit criminel.

Je vous l'ai dit que subir un procès pour un accusé, c'est une épreuve terrible, si vous le ne savez pas, moi, je le sais.

Et avant de faire subir d'autres épreuves comme celles-ci qu'il a subies actuellement pensez-y messieurs et il y en a à Québec des spécialistes en droit criminel.

Et ça, je vous le dis, là, vous aurez remarqué qu'il y a une forte partie qui s'est pas passée en présence de l'accusé parce que je ne vous... je l'avais prévenu que je veux pas l'accabler cet homme-là.

Mais là, je vous dis, consultez les spécialistes en droit criminel.

Alors, toutes vos causes, monsieur Lortie, sont remises à la prochaine session.

Appellants took an action in damages against the Trial Judge alleging, in essence, that he had acted maliciously and outside of his jurisdiction, and claiming 250 000 \$ each as damages to their reputations.

Respondent presented an exception to dismiss the action. He contended that even if the facts alleged in the action were true, the action was unfounded in law since he had made the comments complained of in his judicial capacity and while performing his judicial functions, so that he was entitled to immunity from civil liability.

The exception to dismiss was heard in the Court below by Mr. Justice Legault. After a very detailed examination of the principles of judicial immunity he concluded that the exception was well founded and that the action had to be dismissed :

Il ressort donc de ce long jugement des faits et des principes de droit. Les faits établissent que le défendeur aurait prononcé les propos reprochés à deux occasions, l'une en présence de Lortie, l'autre en son absence.

Il est évident que dans l'une ou l'autre occasion, le juge agissait *judiciairement*, dans l'exercice et l'attribution de ses fonctions, de bonne foi ; même s'il avait agi en dehors de sa juridiction, il ne peut encourir la responsabilité en autant qu'il a agi *judiciairement*, dans le cadre de ses fonctions.

Ces principes forment la base de l'immunité d'un juge d'une cour supérieure. La jurisprudence et la doctrine l'établissent incontestablement.

La nécessité de l'indépendance judiciaire a amené cette règle capitale de l'immunité d'un juge d'une cour supérieure. Ce principe et l'article 165 C.P.C. paragraphe 4 disposent de cette requête catégoriquement.

Par ces motifs :

La Cour accueille la requête en irrecevabilité du défendeur-requérant ;

Rejette l'action des demandeurs-intimés ;

Le tout avec dépens contre les demandeurs-intimés.

Issues in appeal

In the present appeal, Appellants raise two questions :

1) Is Respondent protected by the absolute immunity of Superior Court judges as regards the comments he made during the Lortie trial in the absence of the accused ?

2) Did Respondent's remarks violate Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and is the immunity rule inconsistent with the Charter ?

Immunity of Superior Court judges

The immunity of judges from civil liability for acts done in the performance of their judicial functions is an ancient and well established principle of our law inherited from English *common law*⁽¹²⁾.

The purpose of the principle is not, of course, to protect the personal interests of judges, but rather to protect the public interest in an independent and impartial justice system. To this end, judges, in performing their judicial functions, must be able to do so without fear of personal liability for what they say or do in their judicial capacities. Any errors they make may be corrected on appeal, (or judicial review, as the case may be), but they should not have to fear that they may be threatened by dissatisfied litigants, or others, with civil actions charging them with malice, bias, or excess of jurisdiction. A judge should not be subject to the influence of personal

(12) *Morier c. Rivard*, (1985) 2 R.C.S. 716, 737 ; *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 854 ; *Bengle e. Weir*, (1929) 67 C.S. 289 et *Pierre-Basile Mignault*. « L'indépendance des juges », (1927-28) 6 R.D.U.S. 475, 476.

concerns, conscious or unconscious, when performing his judicial functions.

Much has been written as to the underlying reasons for the common law rule of judicial immunity and as to the scope of the rule. For purposes of this appeal, however, I think three recent decisions will suffice.

In *Sirros c. Moore*, Lord Denning made the following observations with respect to the underlying reasons for judicial immunity, generally :

If the reason underlying this immunity is to ensure "that they may be free in thought and independent in judgment", it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself : "If I do this, shall I be liable in damages ?" So long as he does his work in the honest belief that it is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. What he does may be outside his jurisdiction — in fact or in law — but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it⁽¹³⁾.

As to the immunity from liability of Superior Court judges, specifically, Lord Denning put the test this way :

What is the test on which the judges of the superior courts are thus immune from liability for damages even though they are acting without jurisdiction ? Several expressions are to be found. A judge of a superior court is not liable for anything done by him while he is "acting as a judge", or "doing a judicial act" or "acting judicially" or "in the execution of his office" or "quatenus a judge". *What do all these mean ? They are much wider than the expression "when he is acting within his jurisdiction". I think each of the expressions means that a judge of a superior court is protected when he is acting in the bona*

fide exercise of his office and under the belief that he has jurisdiction, though he may be mistaken in that belief and may not in truth have any jurisdiction. No matter that his mistake is not one of fact but of law (as in *Bushell's Case*), nevertheless he is protected if he in good faith believes that he has jurisdiction to do what he does⁽¹⁴⁾.

[Emphasis added.]

In *McC. e. Mullan*, Lord Bridge of Harwich stated :

It is, of course, clear that the holder of any judicial office who acts in bad faith, doing what he knows he has no power to do, is liable in damages. If the Lord Chief Justice himself, on the acquittal of a defendant charged before him with a criminal offence, were to say, "That is a perverse verdict", and thereupon proceed to pass a sentence of imprisonment, he could be sued for trespass. But, as Lord Esher MR said in *Anderson v. Gorrie* [1895] 1 QB 668 at 670 :

[...] the question arises whether there can be an action against a judge of a Court of Record for doing something within his jurisdiction, but doing it maliciously and contrary to good faith. By the common law of England it is the law that no such action will lie⁽¹⁵⁾.

[Emphasis added.]

In *Morier c. Rivard*⁽¹⁶⁾, the Supreme Court of Canada had to consider the immunity of Superior Court judges in Canada in connection with an action in damages against members of the Quebec Police Commission who, by statute, were granted the same immunity as is conferred by common law upon judges of the superior courts. Citing *Sirros c. Moore* and *McC. e. Mullan*, Mr. Justice Chouinard observes :

Aucun article équivalant à l'art. 15 n'est applicable aux juges des cours supérieures et ceux-ci ne sauraient être poursuivis en dommages que dans le cas où s'appliquerait la réserve faite par lord Bridge of Harwich ou avant lui par lord Denning, c'est-à-dire selon l'expression du premier, un juge qui de mauvaise foi ferait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire, ou selon l'expression du second, un juge qui n'agissait pas dans l'exécution de ses fonctions judiciaires sachant qu'il n'avait aucune compétence pour agir⁽¹⁷⁾.

(14) *Id.*, 784.

(15) (1984) 3 All.E.R. 908, 916.

(16) Voir *supra*, note 7, 737 et 744.

(13) (1974) 3 All.E.R. 776, 785.

I conclude, therefore, that a Superior Court judge is protected by absolute immunity from any civil liability for anything he does or says in the performance of his functions as a judge. He will not be liable in damages unless he acts outside of his jurisdiction knowing that he has no power to do what he does.

In the present appeal, counsel for Appellants does not dispute that Respondent, as a Superior Court judge, is entitled to absolute immunity under the law, except to the extent that he clearly and knowingly acted without jurisdiction. He contends, however, that in making the remarks that he made in the absence of the accused, Respondent was not acting in his capacity as a judge but as a private person.

Absence of the Accused from courtroom

It is certainly true, as a general rule, that an accused is entitled to be present in court during the whole of his trial so that he can have direct knowledge of anything that transpires which could affect his vital interests (18).

But that does not mean that a trial judge exposes himself to civil liability or loses his immunity any time he says or does anything during the course of a criminal trial in the absence of the accused. As Mr. Justice Lamer indicates in the *Vézina c. Côté* case (19), there are some events which may take place in the absence of the accused because they cannot have any bearing on the substantive course of the trial or the issue of guilt or innocence.

More to the point for purposes of the present case, moreover, the fact that the Trial Judge may have said or done something while the accused was temporarily absent from the courtroom, does not mean he was no longer acting as a judge or performing his judicial functions.

The rule set forth in Section 577 of the *Criminal Code* is intended for the benefit of the accused to enable him to have direct knowledge of anything said or done during the trial which might affect his interests. A violation of that rule may be grounds for an appeal by the accused and may entitle the ac-

cused to a new trial. But it does not, in itself, cause the Trial Judge to lose the immunity.

In the present case, some of the remarks complained of were made following the sentence when the accused was, in fact, in the courtroom, so that Appellants' argument there would not, in any event, be applicable.

As to the remarks made while the accused was absent from the courtroom, they were made after the verdict and following a short recess prior to sentencing. They were made by the Judge to counsel in the courtroom concerning the conduct of the case in response to a request for an adjournment which the Judge had already indicated he would refuse. Although the accused was not then present, the judge was gowned and in his place, as were counsel. The court reporter was present and took down what was said. I find it difficult to imagine that the Trial Judge was not acting as a judge at this time.

Clearly, the Trial Judge felt that Appellants, in making their psychiatric evidence during the trial, had not done so in accordance with the requirements mentioned in *R. c. Abbey* (20). He was not favourably impressed with their conduct during the trial and he made this plain in refusing the adjournment. He may have erred as to Appellants' errors or as to the need for an adjournment. He may have erred in making these remarks in the absence of the accused. But he certainly said nothing to indicate that he was acting outside his judicial functions, much less that he was aware he had no power or jurisdiction to say what he said.

In short, whether Respondent was right or wrong in reprimanding counsel in the absence of the accused, I have no doubt that he did so in his capacity as a judge. Nor do I consider that the circumstances indicate any bad faith or awareness on his part that he had no jurisdiction, by reason of the absence of the accused or otherwise, to say what he said.

Applicability of Section 7 of the Charter

Section 7 of the Charter provides :

Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

(17) *Ibid.*

(18) C.Cr., art. 577; *Vézina c. Côté*, (1986) 1 R.C.S. 2 et R. c. Barrow, (1987) 2 R.C.S. 694.

(19) Voir *supra*, note 4.

(20) (1982) 2 R.C.S. 24.

except in accordance with the principles of fundamental justice.

As a subsidiary ground of appeal, Appellants argue that the Judge's remarks violated Section 7 of the Charter. They contend, in essence, that the "security of the person and the right not to be deprived thereof" guaranteed under Section 7 include the right to security of one's reputation. They argue that, under Section 52 of the Constitution Act, 1982, the common law rule of judicial immunity is of no force or effect since it would be inconsistent with the rights guaranteed under Section 7.

I have no difficulty with the proposition that the term "security of the person" found in Section 7, in appropriate cases, include rights other than physical integrity⁽²¹⁾. But I have very considerable doubt that Section 7 was intended to serve as a basis for civil claims in defamation of the kind asserted here. The claim is not based on any deprivation of liberty suffered by Appellants. Nor were Appellants subject to any criminal proceedings or to any state-imposed stigma, trauma or psychological stress. They claim that the Trial Judge in a criminal trial in which they were acting as counsel damaged their reputations. But there is no government action or government connection of any kind alleged.

For purposes of this appeal, however, I believe we must assume that the remarks of the Judge might have caused damage to rights that were intended to be protected under Section 7.

We are left then with having to decide whether the Charter applied.

Appellants concede that their Charter argument would apply only if it were found that Respondent was acting judicially and in his capacity as a judge when he made the remarks complained of. If Respondent were not acting in a judicial capacity but only as a private individual, they acknowledge that the Charter would not apply since the Supreme Court has held that the Charter does not apply to private litigants, except to the extent that some offending statutory provision or some element of government intervention is involved⁽²²⁾.

Accepting, therefore, the Respondent was acting in his capacity as a judge when he made the remarks in question, has the Charter any application at all in this case?

Section 32 paragraph 1 of the Charter provides :

Application of Charter

32.—(1) This Charter applies

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

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

Application de la charte

32.—(1) La présente charte s'applique

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

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

The critical question, therefore, is whether Section 32, which declares the Charter to be applicable to Parliament and the Government of Canada and the legislatures and governments of the provinces, can be interpreted to include the courts and judges acting in their judicial capacities.

In the *Dolphin Delivery* case, Mr. Justice McIntyre was of the opinion that the Charter applies only to the legislative, executive and administrative branches of government :

Section 32 (1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the Provinces in respect of all matters within their respective authorities. In this, it may be seen that Parliament and the Legislature are treated as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government, and therefore where the word "government" is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense — meaning the whole of the governmental apparatus of the state — but to a branch of government. The word "government" following as it does the words "Parliament" and "Legislature", must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word "govern-

(21) *Mills c. R.*, (1986) 1 R.C.S. 863 ; *R. c. Rahey*, (1987) 1 R.C.S. 588 et *Morgentaler c. R.*, C.S. Can. 1988, le 28 janvier 1988 (J.E. 88-220).

(22) Voir *supra*, note 9, 593.

ment" is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. This is the sense in which the words "Government of Canada" are ordinarily employed in other sections of the *Constitution Act, 1867*. Sections 12, 16 and 132 all refer to the Parliament and the Government of Canada as separate entities. The words "Government of Canada", particularly where they follow a reference to the word "Parliament" almost always refer to the executive government.

It is my view that s. 32 of the Charter specifies the actors to whom the Charter will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government⁽²³⁾.

[Emphasis added.]

As to the applicability of the *Charter* to the courts or to judicial acts and orders, Mr. Justice McIntyre continued :

While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purpose of Charter application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the Charter. The courts are, of course, bound by the Charter as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the Charter would, it seems to me, widen to scope of Charter application to virtually all private litigation⁽²⁴⁾.

[Emphasis added.]

I conclude, therefore, that Section 32 of the *Charter*, which defines the actors to whom the *Charter* is applicable, cannot be interpreted to include the judiciary as a branch of "government" or to include courts or judges as agents of "government" action.

Judges are, of course, bound by the *Charter* in the sense that they are bound to apply its provisions in deciding cases that come before them, as they are bound to apply the law generally. To the extent they fail to apply or respect any *Charter* provision in exercising their judicial functions, their decisions may be corrected on appeal. But there is nothing in the

Charter, in my view, that would subject a judge, in his or her capacity as a judge, to liability in damages for such errors or violations.

The immunity rule and the Constitution

But even if Section 32 of the *Charter* did not limit Appellants' right of action against a judge for his judicial acts, such an action would still be precluded by the immunity rule. Nor, in my opinion, is the immunity rule inconsistent with the constitution so as to render the rule "of no force or effect" under Section 52 paragraph 1 of the *Constitution Act*. Section 52 paragraph 1 provides as follows :

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.

For the judicial immunity rule to be "of no force or effect" under Section 52 paragraph 1, it must be found to be "inconsistent" with some provision of the Constitution. Appellants contend that it is inconsistent with Section 7.

But even assuming that personal reputation is a right protected under Section 7, it was certainly not the immunity rule that infringed any rights under Section 7 or caused damage to Appellants' reputations. The only effect of the immunity rule was to limit Appellants' range of remedies under Section 24 paragraph 1 by precluding them from seeking damages from the Judge for what he said while performing his judicial functions.

In my respectful opinion, the mere limitation of a remedy under Section 24 paragraph 1 does not, in itself, make the limitation "inconsistent" with the Constitution. The only remedies available under Section 24 paragraph 1 are those that are considered "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to see how the awarding of damages against a judge for what he said in his judicial capacity could be considered "appropriate and just" under Section 24 paragraph 1 when claims of this kind have, for several centuries, been struck out as inappropriate.

Far from being inconsistent with the Constitution, the immunity rule has, for several centuries, been considered an essential ingredient of the constitutional principal of judicial independence. That principle, inherited from the United Kingdom Con-

(23) *Id.*, 598.

(24) *Id.*, 600.

stitution, was reflected in the preamble of the *Constitution Act, 1867*⁽²⁵⁾, and it has been enshrined in the Charter in the guarantee, under Section 11(d), of "a hearing before an independent and impartial tribunal". Judicial independence is a fundamental constitutional principle in this country⁽²⁶⁾. The immunity rule, having as its *raison d'être* the preservation of this important constitutional principle, can hardly be characterized as inconsistent with the Constitution.

To find inconsistency between the immunity rule and the right to an appropriate remedy under Section 24 paragraph 1, one would have to conclude that the two principles were mutually repugnant or contradictory so that both could not stand together and the acceptance of one would mean the abandonment of the other.

But there is nothing incompatible about the two principles and they have, in fact, been applied together. In *Maharaj c. A.-G. of Trinidad and Tobago* (no. 2)⁽²⁷⁾ and in *R. c. Germain*⁽²⁸⁾ monetary compensation was ordered for infringement of the constitutional right to liberty. In both cases the Courts, while granting the remedy, recognized that no damages could be ordered against the Judge personally by reason of the immunity rule.

I see no inconsistency between the immunity rule and the Constitution.

Section 1 of the Charter

Having concluded that the Charter does not apply to the courts or to the rule of immunity, strictly speaking, we need not, in order to dispose of this appeal, decide whether the immunity rule can be justified, under Section 1 of the Charter, as a "reasonable limit" that can be justified in a free and democratic society. But since that issue was addressed by counsel, I would briefly state my view on the subject.

In my opinion, even if the Charter were applicable to judicial acts and to the judicial immunity rule, the rule would be justified as a reasonable limit on

the rights of action of citizens in a free and democratic society and, as such, it could come within the saving provision of Section 1 of the Charter.

While it is true, as counsel for Appellants suggests, that no evidence has yet been heard on the issue, the least that can be said, even at this stage, is that similar rules of judicial immunity have been demonstrably justified for centuries in a number of prominent free and democratic societies, including Canada (*Morier c. Rivard, supra*), the United Kingdom (*Sirros c. Moore, supra, McC. c. Mullan, supra*), and the United States (*Stump c. Sparkman*⁽²⁹⁾ and *Picerson c. Ray*⁽³⁰⁾).

If there are free and democratic societies which do not provide judicial immunity from civil proceedings (and none were mentioned in the hearing before us), it is perfectly clear that those free and democratic societies whose justice systems most closely resemble our own have adopted and justified similar immunities for judges.

I find it difficult to imagine that the hearing of evidence could add anything of significance to an analysis of the issues with respect to Section 1 of the Charter.

The procedural argument

Finally, on the hearing of this appeal, Appellants questioned the procedure used by Respondent in seeking the dismissal of the action under Section 165 paragraph 4 C.C.P., prior to the hearing on the merits where evidence might be heard supporting the allegations made by Appellants in their action.

In *Morier c. Rivard*, a similar argument was raised and rejected by the Supreme Court. Mr. Justice Chouinard stated :

Les appelants ont procédé par voie de requête en irrecevabilité en s'appuyant sur le par. 4 de l'article 165 C.p.c. et en alléguant que la demande n'est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais.

À mon avis ils ont eu raison. J'ai déjà mentionné, sans toutefois me prononcer, qu'il est possible que la demande d'annulation du rapport de la Commission de police et de la preuve recueillie soit fondée si la preuve des allégations est faite. Mais ces alléga-

(25) S.R.C. 1970, app. II, n° 5.

(26) *Beauregard c. Canada*, (1986) 2 R.C.S. 56, 73.

(27) [1979] A.C. 385 (Privy Council).

(28) (1984) 53 A.R. 264.

(29) 435 U.S. 349 (1977).

(30) 386 U.S. 547 (1967).

tions ne donnent pas ouverture à un recours en dommages contre les appelants, membres de la Commission de police, investis de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. Je crois avoir suffisamment démontré que la conduite de l'enquête dont ils étaient chargés et la présentation de leur rapport faisaient partie de leurs devoirs. Ils jouissent donc de l'immunité absolue des juges de la Cour supérieure⁽³¹⁾.

I would dismiss the appeal, with costs.

(31) Voir *supra*, note 7.

Sirros v Moore and others

COURT OF APPEAL, CIVIL DIVISION

LORD DENNING MR, BUCKLEY AND ORMROD LJJ

15th, 16th, 17th MAY, 30th JULY 1974

Judge - Immunity from suit - Scope of immunity - Acts done in judicial capacity - Acts outside jurisdiction - Act done in honest but mistaken belief that within jurisdiction - Distinction between immunity of judges of superior and inferior courts - Liability of judge of inferior court for acts outside jurisdiction - Whether immune provided he is acting bona fide.

Judge - Immunity from suit - Circuit judge - Crown Court - Appeal from magistrate - Appeal against recommendation for deportation - Order by magistrate that appellant be not detained pending decision on recommendation - Appeal dismissed - Magistrate's order remaining in force - Crown Court having jurisdiction to amend order so as to authorise detention - Jurisdiction not exercised - Judge mistakenly believing appellant liable to detention - Judge ordering detention - Whether Crown Court exercising appellate jurisdiction superior or inferior court - Whether judge immune from action for assault and false imprisonment.

The plaintiff, a citizen of Turkey, was brought before a magistrate for breach of the Aliens Order 1953^a. The magistrate fined him £50 and made a recommendation that he be deported. The magistrate directed, however, that the plaintiff should not be detained pending the Home Secretary's decision whether the plaintiff should be deported. In the absence of such a direction the plaintiff would have been detained automatically by virtue of art 21(4) of the 1953 order. The plaintiff appealed to the Crown Court against the recommendation for deportation. The appeal came on for hearing before a circuit judge and two magistrates. At the hearing of the appeal the judge accepted the prosecution's submission that the court had no jurisdiction to hear an appeal against a recommendation for deportation, and announced the court's decision that 'the appeal is dismissed'. Thereupon the plaintiff made his way out of the court but when the judge noticed that he was leaving the court he called out 'Stop him', and sent police officers after him. They found him in the street and brought him back to the cells. After the luncheon adjournment the plaintiff was brought back into court; his counsel submitted that he should not be detained and asked for bail. The judge refused to grant bail and the plaintiff was taken away in custody. The formal order of the court recorded that the plaintiff 'is remanded in custody under an order made for recommendation for deportation'. On the following day the Divisional Court granted the plaintiff leave to move for a writ of habeas corpus and he was released on bail. Nine days later the Divisional Court granted a writ of habeas corpus on the ground that the judge had been functus officio when he ordered the plaintiff to be detained. The plaintiff issued a writ claiming damages for assault and false imprisonment against the defendants, the circuit judge and the police officers who had acted on the judge's orders in detaining the plaintiff.

Held - (i) The Crown Court had jurisdiction to hear the plaintiff's appeal by virtue of ss 9 and 57(1)^b of the Courts Act 1971. Had that jurisdiction been exercised the court would have had power to effect the plaintiff's detention, either by amending the magistrate's order so as to delete his direction that the plaintiff should not be detained in custody, or by making a new recommendation for deportation without giving such a direction. Since the court had, however, simply dismissed the appeal, the magistrate's order, including the direction that the plaintiff should not be detained, remained intact. Accordingly there was no order in force for the plaintiff's detention when the judge gave the instruction that he be detained. That instruction

^a SI 1953 No 1671

^b Section 57(1), so far as material, is set out at p 780 j, post

was not, therefore, one which the judge was entitled to give and the plaintiff's
 a detention was unlawful (see p 780 h and j, p 781 a to d and f, p 791 g to j and p 792 f, post).

(ii) The plaintiff however had no cause of action against the judge in respect of the unlawful detention for the following reasons —

(a) (per Lord Denning MR and Ormrod LJ) Every judge of the superior and
 inferior courts, including a justice of the peace, was entitled to protection from liability
 in damages in respect of what he had done while acting judicially and under the
 b honest belief that his act was within his jurisdiction, although, in consequence of a
 mistake of law or fact, what he had done was outside his jurisdiction. The judge was
 therefore protected since, although he had been mistaken in his belief that he had
 power to detain the plaintiff, he had acted judicially and in good faith (see p 784 e and f,
 p 785 a to d, f h and j, p 796 e and f, post); *Hamond v Howell* (1677) 2 Mod Rep 218 applied;
 dictum of De Grey CJ in *Miller v Seare* (1777) 2 Wm Bl at 1145, *Houlden v Smith* (1850) 14
 c QB 841 and dictum of Crompton J in *Fray v Blackburn* (1863) 3 B & S at 578 not followed.

(b) (per Ormrod LJ) Furthermore, if a distinction was to be drawn between superior
 and inferior courts, the Crown Court was a superior court of record and the judge
 was therefore immune. But, even if the Crown Court was, for the purpose of
 hearing appeals from magistrates' courts, to be regarded as an inferior court, the
 judge was nonetheless protected. Although he had assumed a power which he did
 d not have, he had not exceeded the limits of the court's jurisdiction (see p 796 h and j
 to p 797 a c and d, post).

(c) (per Buckley LJ) The Crown Court was an inferior court when exercising its
 appellate jurisdiction. The judge had, however, been acting within his jurisdiction
 when he directed that the plaintiff be detained in custody, and accordingly, although he
 had adopted an erroneous course of procedure, he was immune from personal liability
 e to the plaintiff in respect of that act (see p 790 j to p 791 a to c, e and f and p 792 a, post).

(iii) No action lay against the police officers for they were protected in respect of
 anything which they had done at the judge's direction (see p 785 j, p 792 b and p 797 e,
 post); dictum of Willes J in *London Corpn v Cox* (1867) LR 2 HL at 269 applied.

Per Buckley LJ. There is no difference between the principle applicable to a
 judge of a superior court and that applicable to a judge of an inferior court. Any
 f difference that may arise in the operation of the rule between superior and inferior
 courts is due to the difference in jurisdiction. In determining whether a judge is
 liable for some act which he purports to have done in his judicial capacity, the sole
 question is whether it was an act coram non iudice. If the judge was not then per-
 forming a judicial function, or if he was purporting to perform a judicial function
 but the matter was such that he had no jurisdiction to adjudicate on it, the act was
 g not coram iudice and he has no protection. If, however, he did the act in question
 in the purported performance of his judicial function and it was within his jurisdiction,
 then the act was coram iudice and the judge is protected notwithstanding any error
 in his reason for doing the act or his method of doing it (see p 787 g and h to p 788 a and
 p 790 g, post); *Hamond v Howell* (1677) 2 Mod Rep 218, *Houlden v Smith* (1850) 14 QBD
 841 and *Willis v MacLachlan* (1876) 1 Ex D 376 explained.

h Notes

For judicial privilege, see 1 Halsbury's Laws (4th Edn) 197-201, paras 206-212, and for
 cases on the subject, see 38 Digest (Repl) 82-100, 562-721.

For the Courts Act 1971, ss 9, 57, see 41 Halsbury's Statutes (3rd Edn) 207, 321.

i Cases referred to in judgments

Anderson v Gorrie [1895] 1 QB 668, 71 LT 382, 14 R 79, CA, 32 Digest (Repl) 121, 1419.
Bushell's Case (1670) Vaugh 135, Freem KB 1, 1 Mod Rep 119, TJ 13, 124 ER 1006, sub
 nom *R v Bushell* 6 State Tr 999, 16 Digest (Repl) 298, 704.

Calder v Halket (1839-40) 3 Moo PCC 28, 2 Moo Ind App 293, 4 State Tr NS 481, [1835-42]
 All ER Rep 306, 13 ER 12, PC, 38 Digest (Repl) 89, 633.

Floyd v Barker (1607) 12 Co Rep 23, 77 ER 1305, 30 Digest (Reissue) 354, 770.

Fray v Blackburn (1863) 3 B & S 576, 122 ER 217, 38 Digest (Repl) 84, 576.

- Garnett v Ferrand* (1827) 6 B & C 611, 9 Dow & Ry KB 657, 4 Dow & Ry MC 441, 5 LJOSKB 221, [1824-34] All ER Rep 244, 108 ER 576, 15 Digest (Repl) 998, 9826. a
- Gwinne v Poole, Jones & Minors* (1692) 2 Lut 935, Appendix 1560, 125 ER 522, 858, 38 Digest (Repl) 64, 392.
- Hamond v Howell* (1677) 2 Mod Rep 218, 86 ER 1035; previous proceedings (1674) 1 Mod Rep 184, 86 ER 816, 38 Digest (Repl) 82, 563.
- Houlden v Smith* (1850) 14 QB 841, 7 State Tr NS 1039, Rob L & W 223, Cox M & H 303, 19 LJQB 170, 15 LTOS 64, 14 JP 676, 14 Jur 598, 117 ER 323, 38 Digest (Repl) 89, 634. b
- Le Caux v Eden* (1781) 2 Doug KB 594, 99 ER 375, 37 Digest (Repl) 538, 1017.
- London Corp'n v Cox* (1867) LR 2 HL 239, 36 LJEx 225, HL; *affg* (1863) 2 H & C 401, (1862) 1 H & C 338, 16 Digest (Repl) 416, 2184.
- Marshalsea Case* (1612) 10 Co Rep 68b, 77 ER 1027, sub nom *Hall v Stanley* 2 Brownl 125, 38 Digest (Repl) 64, 390.
- Miller v Seare* (1777) 2 Wm Bl 1141, 96 ER 673, 38 Digest (Repl) 88, 624. c
- Palmer v Crone* [1927] 1 KB 804, 96 LJBK 604, 137 LT 88, 91 JP 67, 25 LGR 161, 38 Digest (Repl) 99, 720.
- Peacock v Bell & Kendal* (1667) 1 Saund 69, 1 Sid 330, 2 Keb 226, 85 ER 81, sub nom *Hiccocks v Bell* 2 Keb 182, 16 Digest (Repl) 118, 34.
- R v Campbell, ex parte Ahmed Hamid Moussa* [1921] 2 KB 473, [1921] All ER Rep 499, 90 LJBK 818, 125 LT 310, 85 JP 189, 19 LGR 461, DC, 2 Digest (Repl) 183, 115. d
- R v Leicestershire Justices* (1813) 1 M & S 442, 105 ER 165, 14 Digest (Repl) 377, 3688.
- Rondel v Worsley* [1967] 3 All ER 993, [1969] 1 AC 191, [1967] 3 WLR 1666, HL, Digest (Cont Vol C) 42, 284a.
- Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v Parkinson* [1892] 1 QB 431, [1891-4] All ER Rep 429, 61 LJQB 409, 66 LT 513, 56 JP 404, CA, 38 Digest (Repl) 83, 572. e
- Scott v Stansfield* (1868) LR 3 Exch 220, 37 LJEx 155, 18 LT 572, 32 JP 423, 32 Digest (Repl) 121, 1421.
- Taaffe v Downes* (1813) 3 Moo PCC 36n, 13 ER 15, 38 Digest (Repl) 87, *387.
- W v W* (No 4) [1963] 2 All ER 841, sub nom *W v W* (1963) [1964] P 67, [1963] 3 WLR 540, CA, Digest (Cont Vol A) 529, 1634a.
- Willis v MacLachlan* (1876) 1 Ex D 376, 45 LJQB 689, 35 LT 218, CA, 38 Digest (Repl) 89, 636. f

Cases also cited

- Abbot v Sullivan* [1952] 1 All ER 226, [1952] 1 KB 189, CA.
- Haggard v Pelicier Frères* [1892] AC 61, PC.
- R v Smith* (Martin) [1974] 1 All ER 651 [1974] 2 WLR 495, CA.
- R v Uxbridge Justices, ex parte Clark* [1968] 2 All ER 992, DC.
- R v Warwick Quarter Sessions, ex parte Patterson* [1971] Crim LR 420, DC. g

Interlocutory appeal

By a writ issued on 27th March 1972 the plaintiff, Michael Sirros, brought an action against (1) Michael Ernest Moore, a police officer, (2) the Commissioner of Police for the Metropolis, and (3) his Honour Judge Oswald Seawright MacLeay, one of Her Majesty's circuit judges, claiming damages for assault and false imprisonment. On 1st May 1972 Master Jacob dismissed an application by the defendants for an order that the endorsement on the writ and the statement of claim delivered by the plaintiff in the action be struck out under RSC Ord 18, r 19, and/or under the inherent jurisdiction of the court, on the grounds that they disclosed no reasonable cause of action and/or were frivolous and vexatious and an abuse of the process of the court. h

The defendants appealed and on 30th November 1973 Michael Davies J allowed the appeal, made the order sought and dismissed the action as against all the defendants. j

The plaintiff appealed. The facts are set out in the judgment of Lord Denning MR.

Lord Gifford for the plaintiff.

Alan Rawley for the first and second defendants.

Gordon Slynn for the third defendant.

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta and Her Majesty's Attorney General in and for the Province of Alberta *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Alberta Civil Liberties Association, Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), the Foundation for Equal Families, the Canadian Human Rights Commission, the Canadian Labour Congress, the Canadian Bar Association — Alberta Branch, the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA), the Canadian AIDS Society, the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, the Canadian Jewish Congress, the Christian Legal Fellowship, the Alberta Federation of Women United for Families, the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association *Interveners*

INDEXED AS: VRIEND v. ALBERTA

File No.: 25285.

1997: November 4; 1998: April 2.

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

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le procureur général de la province de l'Alberta *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Alberta Civil Liberties Association, Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE), le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), la Foundation for Equal Families, la Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès du travail du Canada, l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta, l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP), la Société canadienne du SIDA, l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, le Congrès juif canadien, le Christian Legal Fellowship, l'Alberta Federation of Women United for Families, l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: VRIEND c. ALBERTA

N° du greffe: 25285.

1997: 4 novembre; 1998: 2 avril.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

Practice — Standing — Charter challenge — Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Legislative omission — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether Charter applies to legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Reading in — Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality — Whether sexual orientation should be read into legislation — Constitution Act, 1982, s. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

The appellant V was employed as a laboratory coordinator by a college in Alberta, and was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. In 1990, in response to an inquiry by the president of the college, V disclosed that he was homosexual. In early 1991, the college's board of governors adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the president of the college requested V's resignation. V declined to resign, and his employment was terminated by the college. The sole reason given was his non-compliance with the college's policy on homosexual prac-

Pratique — Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collègue en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

L'appelant V a été engagé comme coordonnateur de laboratoire par un collège albertain, et il a obtenu un poste permanent à temps plein en 1988. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. En 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, V a révélé qu'il était homosexuel. Au début de 1991, le conseil des gouverneurs du collège a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à V de démissionner. Ce dernier a refusé, et il a été congédié par le collège. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était

tice. V appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused. He attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer had discriminated against him because of his sexual orientation, but the Commission advised V that he could not make a complaint under the *Individual's Rights Protection Act* (*IRPA*), because it did not include sexual orientation as a protected ground. V and the other appellants filed a motion in the Court of Queen's Bench for declaratory relief. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She ordered that the words "sexual orientation" be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal allowed the Alberta government's appeal.

Held (Major J. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justifiable under s. 1. As a remedy, the words "sexual orientation" should be read into the prohibited grounds of discrimination in these provisions.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.: The appellants have standing to challenge the validity of the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all these provisions. V and the other appellants also have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. Finally, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the sections of the Act other than those relating to employment would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. Since the provisions are all very similar and do not depend on any particular factual context in order

le non-respect de la politique du collège en matière d'homosexualité. V en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé. Il a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle mais la commission a informé V qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*Individual's Rights Protection Act* (l'*IRPA*) parce que l'orientation sexuelle ne figurait pas au nombre des motifs de distinction illicites. V et les autres appelants ont présenté une requête à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a ordonné que «l'orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) et 10 de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta.

Arrêt (le juge Major est dissident en partie quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le préambule et les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) de l'*IRPA* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. À titre de mesure corrective, les mots «orientation sexuelle» sont tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par ces dispositions.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache: Les appelants ont qualité pour contester la validité du préambule et des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*IRPA*. Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. V et les autres appelants ont également un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. Enfin, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions de la Loi qui ne concernent pas l'emploi serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimina-

to resolve their constitutional status, there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

The respondents' argument on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32 cannot be accepted. The threshold test that there be some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis has been met. The fact that it is the underinclusiveness of the *IRPA* which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority. Where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. Since the constitutional challenge here concerns the *IRPA*, it deals with laws that regulate private activity, and not the acts of a private entity.

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), in this case any differences in approach would not affect the result. The essential requirements of a s. 15(1) analysis will be satisfied by inquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground. The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction that is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals and other disadvantaged groups which are protected under the Act. Gays and lesbians do not have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not. The second, more fundamental, distinction is between homosexuals and heterosexuals. The exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. The *IRPA* in its underinclusive state therefore denies substantive equality to the former group. By reason of its underinclusive-

tion. Comme toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier, il n'est pas vraiment nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Dans le cadre de leur pourvoi incident, les intimés font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cet argument ne saurait être accepté. Il a été satisfait au critère préliminaire selon lequel il doit s'agir d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'espèce, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir. Lorsque, comme en l'espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d'une omission, l'art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l'application de la *Charte*. Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Comme la présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, elle porte sur une loi qui régit l'activité privée et non sur les actes d'une entité privée.

Bien que la Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard du par. 15(1), dans la présente espèce, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement à cette disposition ne modifie en rien le résultat. Les exigences essentielles d'une analyse fondée sur le par. 15(1) sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue. L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* établit une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent pas d'une égalité formelle par rapport aux autres groupes protégés puisque ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas. Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Compte tenu de la réalité sociale de la discrimi-

ness, the *IRPA* creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which is analogous to those enumerated in s. 15(1). This, in itself, is sufficient to conclude that discrimination is present and that there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. The distinction has the effect of imposing a burden or disadvantage not imposed on others and of withholding benefits or advantages which are available to others. The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal complaint of discrimination and seek a legal remedy. The dire and demeaning effect of denial of access to remedial procedures is exacerbated by the fact that the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Furthermore, the exclusion from the *IRPA*'s protection sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights" except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1).

The exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Where a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered in determining whether the legislative objective is pressing and substantial. In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission at issue here, the respondents have failed to discharge their eviden-

nation exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de sa portée trop limitative, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle reconnue comme étant une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1). En soi, cela suffit pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. La distinction a pour effet d'imposer un fardeau ou un désavantage non imposé à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres. Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte officielle et l'obtention d'une réparation. Les conséquences tragiques et infamantes du non-recours aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Au surplus, l'exclusion de la protection de l'*IRPA* envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1).

L'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et elle ne peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si l'objectif législatif est urgent et réel. Vu l'absence d'observations quant à la nature urgente et réelle de l'objectif de l'omission en cause, les

tiary burden and their case must thus fail at this first stage of the s. 1 analysis. Even if the evidentiary burden were to be put aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, the result would be the same. Where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights.

Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. With respect to minimal impairment, the Alberta government has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality. Finally, since the Alberta government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, there is no proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights.

Reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. When determining whether reading in is appropriate, courts must have regard to the twin guiding principles of respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*. The purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Reading sexual orientation into the offending sections would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the legislature. It is reasonable to assume that, if the legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen.

intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et partant, n'ont pas réussi à franchir cette première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Même si la question du fardeau de la preuve était écartée en vue de discerner l'objectif de l'omission dans les dispositions de l'*IRPA*, le résultat serait le même. Lorsque, comme en l'espèce, une omission du législateur est à première vue l'antithèse des principes qu'incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l'omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés.

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. En ce qui concerne l'atteinte minimale, le gouvernement de l'Alberta n'a pas démontré qu'il avait un motif raisonnable d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d'égalité énoncée par la *Charte*. Enfin, comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, il n'y a aucune proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants.

L'inclusion de l'orientation sexuelle dans les dispositions contestées de l'*IRPA* par le recours à l'interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, les tribunaux doivent tenir compte de deux principes directeurs, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. L'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Le recours à l'interprétation large en vue d'inclure l'orientation sexuelle dans les dispositions fautives réduirait l'empiètement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur. Il est raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is general agreement with the results reached by the majority. While the approach to s. 1 is agreed with, the proper approach to s. 15(1) of the *Charter* is reiterated. Section 15(1) is first and foremost an equality provision. Its primary mission is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. A s. 15(1) analysis should focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. Integral to an inquiry into whether a legislative distinction is discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood. Section 15(1) is engaged when the impact of a legislative distinction deprives an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood. Although the presence of enumerated and analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined.

Per Major J. (dissenting in part on the appeal): The Alberta legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, has then selectively denied the protection of the Act to people with a different sexual orientation. No explanation was given for the exclusion of sexual orientation from the prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, and none is apparent from the evidence filed by the province. The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 of the *Charter* and to do so is discriminatory and offends their constitutional rights. The words "sexual orientation" should not be read into the Act, however. While reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group, that assumption cannot be made in this appeal. It may be that the legislature would

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent les juges majoritaires. Bien que l'approche retenue à l'égard de l'article premier de la *Charte* recueille l'adhésion, la façon dont il convient d'aborder le par. 15(1) est exposée à nouveau. Cette disposition porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Son objet principal est de favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives d'une distinction législative (et notamment, comme en l'espèce, d'une omission du législateur) sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu'à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1) est la prise en compte tant de la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que de la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité. Le paragraphe 15(1) entre en jeu lorsque l'impact négatif d'une distinction législative prive une personne ou un groupe considéré comme défavorisé dans notre société de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité. Quoique les motifs énumérés et les motifs analogues puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c'est à l'étape de l'appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu'ils doivent être examinés.

Le juge Major (dissident en partie quant au pourvoi principal): La législature de l'Alberta, après avoir adopté une loi d'ensemble sur les droits de la personne qui s'applique à toutes les personnes dans la province, a ensuite sélectivement privé de la protection de la Loi les personnes ayant une orientation sexuelle différente. Aucune explication n'a été fournie pour expliquer l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par l'*IRPA* et aucune ne ressort de la preuve déposée par la province. On doit inévitablement conclure qu'il n'existe aucune raison d'exclure le groupe visé de l'art. 7 de la *Charte*, et une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe. Toutefois, il n'y a pas lieu de recourir à l'interprétation large pour inclure les mots «orientation sexuelle» dans la Loi. Bien que l'interprétation large puisse être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que

prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. As well, there are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. As an alternative, given the legislature's persistent refusal to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to override the *Charter* breach by invoking the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*. In any event it should lie with the elected legislature to determine this issue. The offending sections should be declared invalid and the legislature provided with an opportunity to rectify them. The declaration of invalidity should be restricted to the employment-related provisions of the *IRPA*, namely ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, *Charter* cases should not be considered in a factual vacuum. The declaration of invalidity should be suspended for one year to allow the legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu, une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. De même, il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. Par ailleurs, vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33 de la *Charte* pour protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. La déclaration d'invalidité devrait être limitée aux dispositions de l'*IRPA* relatives à l'emploi, soit les art. 7(1), 8(1) et 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s'appliquer aux autres dispositions de l'*IRPA*, les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. La déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Mahe v. Albcrt*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Andrews v. Law Society of*

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *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; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*,

British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

By Major J. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1).
Constitution Act, 1867, s. 92.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2 [am. 1985, c. 33; am. 1990, c. 23], preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [am. 1980, c. 27], c. 2, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, c. 25.

[1989] 2 R.C.S. 530; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Citée par le juge Major (dissident en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2 [mod. 1985, ch. 33; mod. 1990, ch. 23], préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [mod. 1990, ch. 27], ch. 2, art. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, ch. 25.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Authors Cited

- Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126.
- Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Khullar, Ritu. "Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1994.
- Monahan, Patrick. "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

Doctrines citées

- Ackerman, Bruce. «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126.
- Dickson, R. G. B. «Keynote Address», in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Khullar, Ritu. «Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*. Traduit de l'anglais par Hervé Juste. Québec: Boréal, 1996.
- Monahan, Patrick. «A Theory of Judicial Review Under the Charter», in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. «Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

Interpretation, and Theory. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.

Pothier, Dianne. "The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113.

Renke, Wayne N. "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).

Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), reversing a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), finding that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act* was an unjustified violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed, Major J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, Q.C., June Ross and Jo-Ann R. Kolmes, for the appellants.

John T. McCarthy, Q.C., and Donna Grainger, for the respondents.

Brian Saunders and James Hendry, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

Shirish P. Chotalia and Brian A. F. Edy, for the intervenor the Alberta Civil Liberties Association.

Interpretation, and Theory. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.

Pothier, Dianne. «The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113.

Renke, Wayne N. «Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), portant que l'omission d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* constitue une violation injustifiée du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi principal accueilli, le juge Major est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, c.r., June Ross et Jo-Ann R. Kolmes, pour les appelants.

John T. McCarthy, c.r., et Donna Grainger, pour les intimés.

Brian Saunders et James Hendry, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shirish P. Chotalia et Brian A. F. Edy, pour l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association.

Cynthia Petersen, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

Gwen Brodsky and *Claire Klassen*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Raj Anand and *Andrew M. Pinto*, for the intervener the Foundation for Equal Families.

William F. Pentney and *Patricia Lawrence*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Steven M. Barrett and *Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

James L. Lebo, Q.C., *James F. McGinnis* and *Julia C. Lloyd*, for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch.

Thomas S. Kuttner and *Rebecca Johnson*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

R. Douglas Elliott and *Patricia A. LeFebour*, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Dale Gibson, for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Barbara B. Johnston, for the intervener Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur and *Cindy Silver*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache was delivered by

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

Gwen Brodsky et *Claire Klassen*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Raj Anand et *Andrew M. Pinto*, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

William F. Pentney et *Patricia Lawrence*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Steven M. Barrett et *Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

James L. Lebo, c.r., *James F. McGinnis* et *Julia C. Lloyd*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta.

Thomas S. Kuttner et *Rebecca Johnson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP).

R. Douglas Elliott et *Patricia A. LeFebour*, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Dale Gibson, pour l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Barbara B. Johnston, pour l'intervenant le Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, pour l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur et *Cindy Silver*, pour les intervenants l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache rendu par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to standing, the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has discussed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, and the disposition.

CORY J.

The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 ("IRPA" or the "Act"), was first enacted in 1973. When the legislation was introduced in 1972, the Minister responsible commented upon and emphasized the nature and importance of the Act, stating: "it is . . . the commitment of this legislature that we regard The Individual's Rights Protection Act in primacy to any other legislative enactment. . . . [W]e have committed ourselves to suggest that Alberta is not the place for partial rights or half freedoms, but that Alberta hopefully will become the place where each and every man and woman will be able to stand on his own two feet and be recognized as an individual and not as a member of a particular class" (*Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63). These are courageous words that give hope and comfort to members of every group that has suffered the wounds and indignities of discrimination. Has this laudable commitment been met?

I. Factual Background

A. History of the IRPA

The *IRPA* prohibits discrimination in a number of areas of public life, and establishes the Human Rights Commission to deal with complaints of discrimination. The *IRPA* as first enacted (S.A. 1972, c. 2) prohibited discrimination in public notices (s. 2), public accommodation, services or facilities (s. 3), tenancy (s. 4), employment practices (s. 6), employment advertising (s. 7) or trade union membership (s. 9) on the basis of race, religious beliefs, colour, sex, marital status (in ss. 6 and 9), age (except in ss. 3 and 4), ancestry or place of origin. The Act has since been expanded to include other

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Dans les présents motifs conjoints, le juge Cory examine les questions relatives à la qualité pour agir, à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la violation de son par. 15(1). Pour sa part, le juge Iacobucci se penche sur l'article premier de la *Charte* et sur la réparation appropriée; il est en outre l'auteur du dispositif.

LE JUGE CORY

L'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l'IRPA» ou la «Loi»), a initialement été adoptée en 1973. En présentant le projet de loi en 1972, le ministre responsable a formulé certaines observations et a insisté sur la nature et l'importance de la Loi: [TRADUCTION] «. . . notre législature s'engage à reconnaître la primauté de l'Individual's Rights Protection Act sur tout autre texte législatif [. . .] [N]ous nous sommes engagés à montrer que l'Alberta n'est pas un territoire où des droits partiels ou des demi-libertés sont accordés, mais un lieu où, nous l'espérons, chacun, homme ou femme, pourra affirmer son autonomie et être reconnu en tant qu'individu et non en tant que membre d'une catégorie particulière» (*Alberta Hansard*, 22 novembre 1972, à la p. 80-63). Il s'agit de propos courageux qui suscitent l'espoir et apportent du réconfort aux membres de tous les groupes qui ont subi les blessures et les outrages de la discrimination. Ce noble engagement a-t-il été respecté?

I. Les faits

A. L'historique de l'IRPA

L'*IRPA* interdit la discrimination dans un certain nombre de domaines de la vie publique et elle prévoit la création de la Human Rights Commission pour l'examen des plaintes relatives à la discrimination. Dans sa version initiale (S.A. 1972, ch. 2), elle interdisait la discrimination dans les avis publics (art. 2), l'hébergement, les services et les équipements offerts au public (art. 3), la location (art. 4), les pratiques d'embauchage (art. 6), la publicité en matière d'emploi (art. 7) et l'activité syndicale (art. 9), sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de

private sphere and is covered by provincial human rights legislation. Insofar as the particular situation and factual background of the appellant Vriend is relevant to establishing the issues on appeal, it is the denial of access to the complaint procedures of the Alberta Human Rights Commission that is the essential element of this case and not his dismissal from King's College. The particular issues relating to his loss of employment would be for the Human Rights Commission to resolve and do not form part of this appeal. It must also be remembered that Vriend is only one of four appellants. The other three are organizations which are generally concerned with the rights of gays and lesbians and their protection from discrimination in all areas of their lives. There is nothing to restrict their involvement in this appeal to matters of employment.

sonne. Il ne s'agit pas d'un cas de discrimination dans l'emploi par opposition aux autres formes de discrimination exercées dans le secteur privé et visées par les dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne. Dans la mesure où la situation particulière de l'appelant M. Vriend et les faits de l'espèce sont pertinents pour établir quelles sont les questions soulevées par le pourvoi, c'est le non-accès à la procédure relative aux plaintes présentées à l'Alberta Human Rights Commission qui est l'élément essentiel de la présente affaire, et non le congédiement de l'appelant par le King's College. Il appartient à la Human Rights Commission d'examiner les questions relatives au congédiement, lesquelles sont étrangères au présent pourvoi. Il convient aussi de rappeler que M. Vriend n'est que l'un des quatre appelants. Les trois autres sont des organisations qui s'intéressent généralement aux droits des homosexuels et à leur protection contre la discrimination dans tous les domaines. Rien ne limite leur participation au présent pourvoi aux questions liées à l'emploi.

47 With respect to the third criterion, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the other sections would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. This cannot be a satisfactory result.

Pour ce qui concerne le troisième critère, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimination. Ce résultat ne saurait donner satisfaction.

48 As well it is important to recall that all of the provisions are very similar and do not depend on any particular factual context in order to resolve their constitutional status. The fact that homosexuals have suffered discrimination in all aspects of their lives was accepted in *Egan, supra*. It follows that there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

Aussi, il importe de rappeler que toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier. Le fait que les homosexuels ont été victimes de discrimination dans tous les aspects de leur vie est reconnu dans l'arrêt *Egan*, précité. Il n'est donc vraiment pas nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Therefore, the appellants have standing to challenge the validity of all of the provisions named in the constitutional questions, namely the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*.

B. *Application of the Charter*

1. Application of the Charter to a Legislative Omission

Does s. 32 of the *Charter* prohibit consideration of a s. 15 violation when that issue arises from a legislative omission?

The respondents (appellants on the cross-appeal) argue on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32. This submission cannot be accepted.

This issue is resolved simply by determining whether the subject of the challenge in this case is one to which the *Charter* applies pursuant to s. 32. Questions relating to the nature of the legislature's decision, its effect, and whether it is neutral, are relevant instead to the s. 15 analysis. The threshold test demands only that there is some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis. At this preliminary stage no judgment should be made as to the nature or validity of this "matter" or subject. Undue emphasis should not be placed on the threshold test since this could result in effectively and unnecessarily removing significant matters from a full *Charter* analysis.

Further confusion results when arguments concerning the respective roles of the legislature and the judiciary are introduced into the s. 32 analysis. These arguments put forward the position that courts must defer to a decision of the legislature not to enact a particular provision, and that the scope of *Charter* review should be restricted so that such decisions will be unchallenged. I cannot accept this position. Apart from the very problematic distinction it draws between legislative action

En conséquence, les appelants ont qualité pour contester la validité de toutes les dispositions mentionnées dans les questions constitutionnelles, soit le préambule, les art. 3, 4 et 10 ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l'*IRPA*.

B. *L'application de la Charte*

1. Application de la Charte à l'omission du législateur

L'article 32 de la *Charte* soustrait-il l'omission du législateur à l'application de l'art. 15?

Les intimés (les appelants dans le cadre du pourvoi incident) font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cette prétention ne saurait être acceptée.

Cette question est donc tranchée simplement en déterminant si l'objet de la contestation en l'espèce en est un auquel la *Charte* s'applique en vertu de l'art. 32. Les questions relatives à la nature de la décision prise par le législateur, à l'effet de cette décision et à son caractère neutre concernent plutôt l'analyse fondée sur l'art. 15. Le critère préliminaire exige seulement qu'il s'agisse d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. À ce stade initial, aucune conclusion ne doit être tirée concernant la nature ou la validité de ce «domaine» ou de ce sujet. Il ne faut pas accorder une trop grande importance à l'application du critère préliminaire, car cela pourrait bien soustraire inutilement des domaines importants à une véritable analyse fondée sur la *Charte*.

Une confusion supplémentaire résulte des arguments avancés relativement aux rôles respectifs du législateur et des tribunaux dans le cadre de l'analyse afférente à l'art. 32. Selon ces arguments, les tribunaux doivent respecter la décision du législateur de ne pas adopter une disposition en particulier, et la portée de l'examen fondé sur la *Charte* devrait être limitée de façon qu'une telle décision ne puisse être contestée. Je ne peux accepter cette thèse. Outre la distinction très problématique faite

49

50

51

52

53

and inaction, this argument seeks to substantially alter the nature of considerations of legislative deference in *Charter* analysis. The deference very properly due to the choices made by the legislature will be taken into account in deciding whether a limit is justified under s. 1 and again in determining the appropriate remedy for a *Charter* breach. My colleague Iacobucci J. deals with these considerations at greater length more fully in his reasons.

entre l'action et l'inaction du législateur, cet argument vise à modifier substantiellement la nature des considérations relatives au respect dû au législateur dans le cadre d'une analyse fondée sur la *Charte*. La retenue exercée à juste titre à l'égard des choix du législateur sera prise en compte d'abord pour décider si une limite est justifiée conformément à l'article premier et à nouveau pour déterminer la réparation qu'il convient d'accorder pour remédier à une violation de la *Charte*. Mon collègue le juge Iacobucci approfondit ces questions dans ses motifs.

⁵⁴ The notion of judicial deference to legislative choices should not, however, be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny. McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal criticized the application of the *Charter* to a legislative omission as an encroachment by the courts on legislative autonomy. He objected to what he saw as judges dictating provincial legislation under the pretext of constitutional scrutiny. In his view, a choice by the legislature not to legislate with respect to a particular matter within its jurisdiction, especially a controversial one, should not be open to review by the judiciary: "When they choose silence provincial legislatures need not march to the *Charter* drum. In a constitutional sense they need not march at all. . . . The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not adopted by the provinces to promote the federal extraction of subsidiary legislation from them but only to police it once it is proclaimed — if it is proclaimed" (pp. 25 and 28).

La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait cependant pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a critiqué l'application de la *Charte* à l'omission du législateur, qu'il voit comme un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Il s'est dit opposé à ce que les juges dictent les lois provinciales sous prétexte d'examen constitutionnel. À son avis, la décision du législateur de ne pas légiférer dans un domaine qui relève de sa compétence, spécialement un domaine controversé, devrait échapper à tout examen judiciaire: [TRADUCTION] «La législature provinciale qui opte pour le silence n'a pas à suivre la ligne tracée par la *Charte*. Sur le plan constitutionnel, elle n'a pas à suivre du tout.[...] Les provinces n'ont pas souscrit à la *Charte canadienne des droits et libertés* pour autoriser le gouvernement fédéral à établir des lois en leur lieu et place, mais seulement pour assujettir celles-ci à certaines exigences une fois qu'elles sont promulguées — si toutefois elles le sont» (pp. 25 et 28).

⁵⁵ There are several answers to this position. The first is that in this case, the constitutional challenge concerns the *IRPA*, legislation that has been proclaimed. The fact that it is the underinclusiveness of the Act which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority, as

Plusieurs éléments peuvent être avancés pour réfuter cette proposition. Premièrement, la contestation constitutionnelle vise en l'espèce une loi dûment promulguée. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'occurrence, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir,

McClung J.A. seems to suggest. These issues will be dealt with shortly. Yet at this point it must be observed that McClung J.A.'s reasons also imply a more fundamental challenge to the role of the courts under the *Charter*, which must also be answered. This issue is addressed in the reasons of my colleague Iacobucci J. below, and that discussion need not be repeated here. However, at the present stage of the analysis it may be useful to clarify the role of the judiciary in responding to a legislative omission which is challenged under the *Charter*.

It is suggested that this appeal represents a contest between the power of the democratically elected legislatures to pass the laws they see fit, and the power of the courts to disallow those laws, or to dictate that certain matters be included in those laws. To put the issue in this way is misleading and erroneous. Quite simply, it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies. Citizens must have the right to challenge laws which they consider to be beyond the powers of the legislatures. When such a challenge is properly made, the courts must, pursuant to their constitutional duty, rule on the challenge. It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction. In this as in other cases, the courts have a duty to determine whether the challenge is justified. It is not a question, as McClung J.A. suggested, of the courts imposing their view of "ideal" legislation, but rather of determining whether the challenged legislative act or omission is constitutional or not.

comme le juge McClung semble le laisser entendre. Je reviendrai sur ces questions un peu plus loin. Je tiens à signaler à ce stade-ci que les motifs du juge McClung impliquent également une remise en question plus fondamentale du rôle des tribunaux sous le régime de la *Charte*, à laquelle il faut réagir. Mon collègue le juge Iacobucci se penche sur la question dans ses motifs, et il n'y a pas lieu de reprendre ici l'analyse qu'il en fait. Toutefois, il peut être utile, à ce moment-ci, de clarifier le rôle des tribunaux appelés à se prononcer sur une omission du législateur contestée sur le fondement de la *Charte*.

On prétend que le présent pourvoi constitue un affrontement entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter les lois qu'elles jugent appropriées et celui des tribunaux d'invalider ces lois ou de prescrire l'intégration de certains éléments à celles-ci. Il s'agit d'une façon trompeuse et erronée de présenter le litige. Ce ne sont tout simplement pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. Les citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d'une législature. Lorsqu'un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher. On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique. Dans toute affaire, y compris en l'espèce, les tribunaux ont l'obligation de déterminer si la contestation est justifiée. Contrairement à ce qu'a laissé entendre le juge McClung, il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer leur vision de la législation «idéale», mais bien de déterminer la constitutionnalité de l'action ou de l'omission du législateur qui est attaquée.

In these circumstances, the call for judicial deference is inappropriate.

(c) *Proportionality Between the Effect of the Measure and the Objective of the Legislation*

128 The respondents did not address this third element of the proportionality requirement. However, in my view, the deleterious effects of the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, as noted by Cory J., are numerous and clear. As the Alberta Government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, I cannot accept that there is any proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights. I conclude that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly, it cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

II. Remedy

A. *Introduction: The Relationship Between the Legislatures and the Courts Under the Charter*

129 Having found the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* to be an unjustifiable violation of the appellants' equality rights, I now turn to the question of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Before discussing the jurisprudence on remedies, I believe it might be helpful to pause to reflect more broadly on the general issue of the relationship between legislatures and the courts in the age of the *Charter*.

130 Much was made in argument before us about the inadvisability of the Court interfering with or otherwise meddling in what is regarded as the proper role of the legislature, which in this case was to decide whether or not sexual orientation would be added to Alberta's human rights legislation. Indeed, it seems that hardly a day goes by without some comment or criticism to the effect that under

par la *Charte*. Dans ces circonstances, il ne convient pas d'invoquer le principe de la retenue judiciaire.

c) *Proportionnalité entre l'effet de la mesure et l'objectif de la loi*

Les intimés n'ont pas abordé ce troisième élément de l'exigence relative à la proportionnalité. J'estime toutefois que les effets néfastes de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* sont, ainsi que le juge Cory l'a mentionné, nombreux et clairs. Comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, je ne puis conclure à l'existence d'une quelconque proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants. Je suis donc d'avis que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et qu'elle ne peut, en conséquence, être justifiée en vertu de l'article premier.

II. Réparation

A. *Introduction: la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*

Vu ma conclusion selon laquelle l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* contrevient de façon injustifiable aux droits des appelants à l'égalité, j'aborde maintenant la question de la réparation à accorder sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il pourrait être utile, avant d'analyser la jurisprudence en cette matière, d'approfondir la question plus générale de la relation existant entre le législateur et les tribunaux à l'ère de la *Charte*.

On a soutenu avec insistance, au cours de l'argumentation, qu'il n'était pas souhaitable que la Cour intervienne ou s'immisce autrement dans ce qui est considéré comme le rôle propre du législateur, savoir, en l'espèce, trancher la question de l'ajout de l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination interdits par la loi albertaine relative aux droits de la personne. De fait, il

the *Charter* courts are wrongfully usurping the role of the legislatures. I believe this allegation misunderstands what took place and what was intended when our country adopted the *Charter* in 1981-82.

When the *Charter* was introduced, Canada went, in the words of former Chief Justice Brian Dickson, from a system of Parliamentary supremacy to constitutional supremacy ("Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985* (1985), at pp. 3-4). Simply put, each Canadian was given individual rights and freedoms which no government or legislature could take away. However, as rights and freedoms are not absolute, governments and legislatures could justify the qualification or infringement of these constitutional rights under s. 1 as I previously discussed. Inevitably disputes over the meaning of the rights and their justification would have to be settled and here the role of the judiciary enters to resolve these disputes. Many countries have assigned the important role of judicial review to their supreme or constitutional courts (for an excellent analysis on these developments see D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

We should recall that it was the deliberate choice of our provincial and federal legislatures in adopting the *Charter* to assign an interpretive role to the courts and to command them under s. 52 to declare unconstitutional legislation invalid.

However, giving courts the power and commandment to invalidate legislation where necessary has not eliminated the debate over the "legitimacy" of courts taking such action. As eloquently put by A. M. Bickel in his outstanding work *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed. 1986), "it thwarts the will of representatives of the . . . people" (p. 17). So judicial review, it is alleged, is illegitimate

se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu'on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la *Charte* permet aux tribunaux d'usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s'est passé et de ce que l'on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la *Charte* en 1981-1982.

Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l'ancien juge en chef Brian Dickson («Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu'aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n'étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l'article premier, ainsi que je l'ai déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l'importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la *Charte*, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalider des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d'une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l'exprime éloquentement dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2^e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple»

131

132

133

because it is anti-democratic in that unelected officials (judges) are overruling elected representatives (legislators) (see e.g. A. A. Peacock, ed., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff and F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), c. 2).

(p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmer les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2).

134 To respond, it should be emphasized again that our *Charter's* introduction and the consequential remedial role of the courts were choices of the Canadian people through their elected representatives as part of a redefinition of our democracy. Our constitutional design was refashioned to state that henceforth the legislatures and executive must perform their roles in conformity with the newly conferred constitutional rights and freedoms. That the courts were the trustees of these rights insofar as disputes arose concerning their interpretation was a necessary part of this new design.

Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner au tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

135 So courts in their trustee or arbiter role must perforce scrutinize the work of the legislature and executive not in the name of the courts, but in the interests of the new social contract that was democratically chosen. All of this is implied in the power given to the courts under s. 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

136 Because the courts are independent from the executive and legislature, litigants and citizens generally can rely on the courts to make reasoned and principled decisions according to the dictates of the constitution even though specific decisions may not be universally acclaimed. In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution

Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adop-

and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

This mutual respect is in some ways expressed in the provisions of our constitution as shown by the wording of certain of the constitutional rights themselves. For example, s. 7 of the *Charter* speaks of no denial of the rights therein except in accordance with the principles of fundamental justice, which include the process of law and legislative action. Section 1 and the jurisprudence under it are also important to ensure respect for legislative action and the collective or societal interests represented by legislation. In addition, as will be discussed below, in fashioning a remedy with regard to a *Charter* violation, a court must be mindful of the role of the legislature. Moreover, s. 33, the notwithstanding clause, establishes that the final word in our constitutional structure is in fact left to the legislature and not the courts (see P. Hogg and A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

As I view the matter, the *Charter* has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a "dialogue" by some (see e.g. Hogg and Bushell, *supra*). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

ter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation — l'art. 33 — a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

137

138

139 To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

140 There is also another aspect of judicial review that promotes democratic values. Although a court's invalidation of legislation usually involves negating the will of the majority, we must remember that the concept of democracy is broader than the notion of majority rule, fundamental as that may be. In this respect, we would do well to heed the words of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

141 So, for example, when a court interprets legislation alleged to be a reasonable limitation in a free and democratic society as stated in s. 1 of the *Charter*, the court must inevitably delineate some of the attributes of a democratic society. Although it is not necessary to articulate the complete list of democratic attributes in these remarks, Dickson C.J.'s comments remain instructive (see also: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* Dickson C.J.; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra*, *per* La Forest J.).

142 Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so,

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, le juge La Forest).

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte*

courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter* (see W. Black, "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126; D. M. Beatty, "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, at p. 149; M. Jackman, "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

With this background in mind, I now turn to discuss the jurisprudence on the specific question of the choice of the appropriate remedy that should apply in this appeal.

B. Remedial Principles

The leading case on constitutional remedies is *Schachter*, *supra*. Writing on behalf of the majority in *Schachter*, Lamer C.J. stated that the first step in selecting a remedial course under s. 52 is to define the extent of the *Charter* inconsistency which must be struck down. In the present case, that inconsistency is the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of the *IRPA*. As I have concluded above, this exclusion is an unjustifiable infringement upon the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*.

Once the *Charter* inconsistency has been identified, the next step is to determine which remedy is appropriate. In *Schachter*, this Court noted that, depending upon the circumstances, there are several remedial options available to a court in dealing with a *Charter* violation that was not saved by s. 1. These include striking down the legislation, severance of the offending sections, striking down or severance with a temporary suspension of the

et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* (voir W. Black, «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126; D. M. Beatty, «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, à la p. 149; M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

Ayant tendu cette toile de fond, je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence portant précisément sur le choix de la mesure corrective à appliquer en l'espèce.

B. Principes applicables en matière de mesures correctives

L'arrêt de principe pour ce qui est des mesures correctives constitutionnelles est *Schachter*, précité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a dit que la première étape à suivre pour choisir une mesure corrective sous le régime de l'art. 52 consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte* qui doit être annulée. En l'espèce, cette incompatibilité est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection de l'*IRPA*. Cette exclusion constitue, suivant la conclusion à laquelle je suis parvenu plus haut, une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Une fois l'incompatibilité précisée, l'étape suivante consiste à déterminer quelle est la mesure corrective appropriée. Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a signalé que, tout dépendant des circonstances, un tribunal peut choisir entre plusieurs mesures correctives lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation de la *Charte* non justifiée en vertu de l'article premier. Il peut notamment annuler la loi, retrancher les dispositions fautives, ordonner l'annulation ou la dissociation assortie d'une suspension temporaire de la déclaration d'invalidité,

143

144

145

declaration of invalidity, reading down, and reading provisions into the legislation.

recourir à l'interprétation atténuée ou inclure des dispositions par interprétation large.

¹⁴⁶ Because the *Charter* violation in the instant case stems from an omission, the remedy of reading down is simply not available. Further, I note that given the considerable number of sections at issue in this case and the important roles they play in the scheme of the *IRPA* as a whole, severance of these sections from the remainder of the Act would be akin to striking down the entire Act.

Parce que la violation de la *Charte* découle d'une omission en l'espèce, l'interprétation atténuée n'est pas une option. En outre, je constate que, vu le grand nombre de dispositions en cause et le rôle important qu'elles jouent dans l'économie générale de l'*IRPA*, la dissociation équivalait à l'annulation de la totalité de la Loi.

¹⁴⁷ The appellants suggest that the circumstances of this case warrant the reading in of sexual orientation into the offending sections of the *IRPA*. However, in the Alberta Court of Appeal, O'Leary J.A. and Hunt J.A. agreed that the appropriate remedy would be to declare the relevant provisions of the *IRPA* unconstitutional and to suspend that declaration for a period of time to allow the Legislature to address the matter. McClung J.A. would have gone further and declared the *IRPA* invalid in its entirety. With respect, for the reasons that follow, I cannot agree with either remedy chosen by the Court of Appeal.

Les appelants affirment qu'il est justifié, compte tenu des circonstances de la présente espèce, d'inclure l'orientation sexuelle, par interprétation large, dans les dispositions fautives de l'*IRPA*. Les juges O'Leary et Hunt de la Cour d'appel de l'Alberta, toutefois, ont tous deux estimé qu'il convenait de déclarer inconstitutionnelles les dispositions visées et de suspendre cette déclaration de façon à permettre à la législature de corriger la situation. Le juge McClung serait allé plus loin: il aurait déclaré invalide la totalité de l'*IRPA*. En toute déférence, je ne puis, pour les motifs suivants, me rallier à aucune des mesures choisies par la Cour d'appel.

¹⁴⁸ In *Schachter*, Lamer C.J. noted that when determining whether the remedy of reading in is appropriate, courts must have regard to the "twin guiding principles", namely, respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*, which I have discussed generally above. Turning first to the role of the legislature, Lamer C.J. stated at p. 700 that reading in is an important tool in "avoiding undue intrusion into the legislative sphere. . . . [T]he purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature."

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiètement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur.»

¹⁴⁹ He went on to quote the following passage from Carol Rogerson in "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 233, at p. 288:

Il a ensuite cité le passage suivant du texte de Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 233, à la p. 288:

DROIT ADMINISTRATIF

6^e édition

Patrice Garant, M.S.R.C.
Professeur émérite, Université Laval

Avec la collaboration de
Philippe Garant, avocat, M.Sc.Pol.,
Jérôme Garant, avocat, LL.M.,

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2010 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Garant, Patrice, 1937-

Droit administratif

6^e éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-453-5

1. Droit administratif – Canada. 2. Droit administratif – Québec (Province).
I. Garant, Philippe. II. Garant, Jérôme, 1970- . III. Titre.

KE5015.G37 2010

342.71'06

C2010-941776-3

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 3^e trimestre 2010
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89635-453-5



THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256

Site Internet : www.editionsyvonblais.com

l'arrêt *Domestic Converters* de 1980⁵¹. Dans cette affaire, on cherchait à appliquer l'article 1055, alinéa 2 du C.c.B.-C., qui rend le propriétaire responsable des dommages causés par la ruine de son bâtiment, le défaut de son entretien, ou un vice de construction. Cependant, l'article 1055, alinéa 2 ne crée pas de *devoir* de maintenir en état, de réparer ou de corriger les vices de la construction. Donc, sans création de *devoir* afférent à la propriété, la possession, l'occupation ou la garde, il n'y a pas lieu à application de l'article 1055, alinéa 2. La Cour a tout de même tenu la Couronne responsable, mais sous le régime général de responsabilité de l'article 1053⁵².

Plus tard, la Cour d'appel fédérale a appliqué l'article 1054 du C.c.B.-C. à la Couronne⁵³. Elle a considéré que la Couronne en tant que propriétaire d'un objet dangereux qu'elle a laissé échapper sur le terrain voisin ne saurait se soustraire à la responsabilité⁵⁴. La présomption de l'article 1054 ne crée pas une responsabilité absolue, mais la Couronne devait prouver qu'elle avait pris toutes les mesures sécuritaires pour éviter le danger, ou que l'intervention humaine était la cause de l'accident.

Depuis 1994, les présomptions sont régies par les articles 1463 et suivants du *Code civil du Québec* au même effet.

Paragraphe 3

Les immunités

La *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* consacre le principe de la responsabilité de l'Administration fédérale en matière civile. Cependant cette Loi n'a pas aboli de façon absolue le principe de l'immunité de l'État même si elle en diminue sérieusement la portée. Les conséquences de cette situation sont que l'administré n'aura de recours que dans le cadre précis de cette Loi⁵⁵, qui rend applicables à la Couronne fédérale les légis-

51. *Domestic Converters Corporation c. Artic Steamship Line*, n° A-246-77, 29 oct. 1980 : voir aussi *Irish Shipping Ltd. c. La Reine*, [1984] C.F. 777 (C.A.F.).

52. *Ibid.*

53. *Houle c. Canada*, [1988] 2 C.F. 102 (C.A.).

54. Toutefois dans l'arrêt *Commission des accidents du travail c. Conseil des ports nationaux*, [1982] C.S. 22, la Cour supérieure refusa d'appliquer à la Couronne fédérale, mandant du Conseil des ports nationaux, les présomptions des articles 1054 et 1055 C.c.B.C. Selon elle, la responsabilité de la Couronne ne peut être engagée que dans le cadre de l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*. En appel, le juge LeBel reprend la conclusion du premier juge quant à l'existence de la responsabilité du Conseil sans trancher l'applicabilité des présomptions des articles 1054 et 1055 C.c.B.C. à la Couronne fédérale : « Il ne sera pas nécessaire, ici, de discuter si certaines présomptions, par exemple, celle de l'article 1055 que la jurisprudence a généralement écartée, malgré des critiques ou des réserves de la doctrine » : [1989] R.J.Q. 792, 800.

55. *Stuckless c. La Reine*, (1975) 63 D.L.R. (3d) 345 (C.F.).

lations provinciales sur la responsabilité. Toutefois, bien que le législateur fédéral n'ait pas précisé si le droit provincial applicable à la Couronne serait celui en vigueur au moment où survient le dommage, la Cour fédérale et la Cour suprême ont tranché :

Je ne puis voir pourquoi l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ne devrait pas s'interpréter [...] comme renvoyant au droit en vigueur à la date et au lieu où le délit ou le quasi-délit est commis.⁵⁶

Il ne semble pas que cette façon de considérer la législation postérieure à 1953 fasse l'unanimité⁵⁷. Cependant en 1989, cette fois, la Cour fédérale a pris une position plus ferme. Dans l'arrêt *Stuart*, elle nous dit que l'article 3 de la Loi assujettit la Couronne fédérale au même droit des délits que s'il s'agissait d'un particulier majeur et capable, comprenant la common law en matière de délits telle qu'elle est modifiée par toute loi provinciale en vigueur au moment du délit⁵⁸.

Le régime de responsabilité est également limité par le législateur qui, par des lois particulières, confère des immunités à divers secteurs ou agents de l'Administration. Ainsi, le particulier qui a subi des dommages causés par l'acte fautif d'un agent de l'État ou par l'activité fautive de ce dernier pourra voir disparaître ses chances d'obtenir réparation. Les immunités pourront varier selon l'étendue de la protection accordée à l'agent qui en bénéficie. On distingue généralement les immunités absolues et les immunités relatives.

Les immunités absolues sont celles dont bénéficie l'État pour les actes du Parlement ou des législatures, des Chambres et des membres de celles-ci pour l'exercice de la fonction législative ; ainsi l'État n'encourt aucune responsabilité pour les dommages pouvant résulter même des lois déclarées subséquemment inconstitutionnelles⁵⁹. De leur côté les parlementaires bénéficient d'une immunité dite parlementaire prévue, de nos jours, expressément par les lois fédérales et provinciales⁶⁰.

56. *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849, 886 (juge Pigeon).

57. *Baird c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 160, 186-187 (C.F.A.).

58. *Stuart c. Canada*, [1989] 2 C.F. 3.

59. *Guinnond c. P.G. Québec*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 13 ; *Central Canada Potash c. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, 90 ; *Weachter c. P.G. Québec*, [1998] R.R.A. 917 (C.A.) ; *Aviation Portneuf c. P.G. Canada*, 2001 CFP 1299 ; *Pack M.J. c. Canada*, [1998] A.C.F. 1922 (C.A.), confirmant [1997] A.J.C. 801 ; *Chiffoi c. Société des alcools du Québec*, 2008 QCCS 3871 (CanLI), par. 93 : « Or, dans notre système de droit, la souveraineté parlementaire et le partage des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire font en sorte que l'Assemblée nationale détient l'ultime pouvoir de décider du contenu même des lois. Elle ne saurait être déclarée responsable sur une base extracontractuelle en raison de l'exercice ou non de son pouvoir législatif. Seuls les électeurs peuvent débattre de la sagesse et de la valeur des décisions législatives. »

60. *Loi sur l'Assemblée nationale*, L.R.Q. c. A-23.1, art. 44 ; *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4, 5 et 6.

Quant à l'immunité dont bénéficient les cours supérieures et leurs juges, elle a un fondement jurisprudentiel⁶¹. Héritée du droit anglais, l'immunité des juges remonterait aussi loin que 1607. Dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, la Cour suprême, en 1985, rétablissant la décision de la Cour supérieure qui avait été cassée à l'unanimité par la Cour d'appel, passe en revue l'histoire de cette notion⁶². Puis, quant à la justification de cette immunité, elle adopte l'énoncé suivant de Lord Denning :

Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. [...] Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable.⁶³

C'est en s'appuyant sur cette citation de Lord Denning que la Cour suprême confirme l'application de l'immunité aux juges des tribunaux dits inférieurs et aux commissaires auxquels s'applique, au Québec, la *Loi sur les commissions d'enquête* :

Il est possible qu'ils aient excédé leur compétence en posant ou en omettant de poser les actes décrits dans la déclaration. Il est possible qu'ils aient violé les règles de la justice naturelle [...] Il est possible qu'ils aient violé la *Charte des droits et libertés de la personne* [...]. Mais ces allégations ne donnent pas ouverture à un recours en dommages contre les appelants, membres de la Commission de police, investis de la même immunité que les juges de la Cour supérieure pour tout acte fait ou omis dans l'exécution de leurs devoirs. [...] Ils jouissent donc de l'immunité absolue des juges de la Cour supérieure.⁶⁴

61. PÉPIN et OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 502 ; M. BRAZIER, « Judicial Immunity and the Independence of the Judiciary », (1976) *Public Law* 397 ; D. THOMPSON, « Judicial Immunity and the Protection of Justice », (1958) 21 *M.L.R.* 517 ; *Bengle c. Weir*, (1929) 67 C.S. 289 ; *Lemieux c. Barbeau et Ducros*, [1972] R.P. 357 ; *Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659 ; *Geyer c. La Reine*, C.F., n^o T-649-82, 3 mars 1982.
62. *Floyd and Barker*, (1607) 12 Co. Rep. 23 ; *Garnett c. Ferrand*, (1827) 6 B. & C. 611 ; *Fray c. Blackburn*, (1863) 3 B. & S. 576 ; *Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society c. Parkinson*, [1892] 1 Q.B. 431. Ces arrêts sont cités par le juge Chouinard dans *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716.
63. *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, Lord Denning, p. 136 ; cité aussi par le juge Chouinard, p. 739-740.
64. *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, 745 ; *Pierrefonds c. Rodinard Canada Inc.*, [1987] R.J.Q. 289 ; à la suite de l'arrêt *Morier c. Rivard*, le législateur a modifié la *Loi sur les privilèges des magistrats*, de sorte que les juges auxquels la Cour suprême a étendu l'immunité soient couverts désormais par la loi expressément ; *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., c. P-24, art. 1, al. 2 ; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 260, al. 2.

À notre avis, il paraît difficile de parler d'immunité absolue parce que Lord Denning envisage une limite à cette immunité : c'est le cas où le juge, volontairement et consciemment, agit sans compétence⁶⁵. Mais dès qu'il est sincèrement convaincu de bien faire, l'immunité est complète : elle est donc quasi absolue. La Cour d'appel opine dans le même sens dans un arrêt de 1994 ; l'immunité judiciaire n'est pas vraiment absolue, elle n'existe que « si le juge exerce ses fonctions de bonne foi et est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence »⁶⁶. La Cour supérieure a, de son côté, utilisé l'expression « immunité quasi absolue » en l'assimilant à celle qui découle de l'arrêt *Nelles* de la Cour suprême⁶⁷.

Par ailleurs, il est bien établi que le juge n'est pas le préposé du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de telle sorte que l'État ne peut être poursuivi pour la faute de ses juges⁶⁸. Par contre, ce n'est pas le cas des tribunaux administratifs qui, eux, sont rattachés au Pouvoir exécutif de telle sorte que le Gouvernement peut être poursuivi pour les dommages causés dans certains cas par les décisions de ces tribunaux⁶⁹.

Certaines lois confèrent également une immunité aux juges dans certains cas particuliers ; ainsi, un juge ne peut être tenu responsable d'avoir posé un acte en vertu d'un texte inconstitutionnel⁷⁰ ; ainsi, un juge de paix ne peut être tenu responsable d'une décision qui sera annulée pour excès de juridiction si le juge de la Cour supérieure qui prononce l'annulation le prescrit ainsi⁷¹.

Quant à l'Administration gouvernementale, elle bénéficie d'immunités absolues dans certaines hypothèses. C'est le cas, tout d'abord, des actes posés en vertu des prérogatives de la Couronne, tel que prévu par l'article 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. C'est le cas des actes pris en vertu de la théorie de l'« Act of State » qui, chez nous, se confondent souvent avec les actes de prérogative, tels que la déclaration de guerre,

65. Voir aussi *McC. c. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908 ; l'exemple donné par Lord Bridge of Harwich du juge qui, après l'acquiescement par le jury d'un prévenu accusé devant lui d'un acte criminel, devait dire « le verdict est injustifié » et aussitôt ordonner une sentence d'emprisonnement. Le juge serait susceptible de poursuite. Il aurait atteint l'extrême limite de l'immunité absolue : cité par le juge Chouinard dans *Morier c. Rivard*, p. 741.

66. *Lachance c. P.G. Québec*, LPJ-94-4759 (C.A.), confirmant [1994] R.J.Q. 1901, 1909 (C.S.), d'où provient cette citation de Lord Denning dans *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, 136.

67. *Forget c. Commission des valeurs mobilières*, [1993] R.J.Q. 2145, 2152 (C.S.) ; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

68. *Lachance c. P.G. Québec*, *supra*, note 66.

69. *116845 Canada Inc. c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1999] R.R.A. 814 (C.A.) ; *Proulx c. P.G. Québec*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.).

70. *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., c. P-24.

71. *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., c. P-15 (abrogé) ; *Doyon c. Roussel*, [1989] R.R.A. 528 (C.A.).

la reconnaissance d'États, etc.⁷². Toutefois, la mention suivant laquelle la Couronne n'est pas responsable d'un acte ou d'une omission « dans l'exercice d'un pouvoir qui s'exercerait au titre [...] d'une disposition législative » ne comporte strictement aucune immunité si l'exercice du pouvoir est fautif⁷³.

On peut également considérer comme une immunité absolue celle dont bénéficie l'Administration gouvernementale lorsque la jurisprudence dénie la qualité de « préposé » à certains agents publics agissant au nom de l'État. C'est le cas, dans notre système juridique, des « agents de la paix », à moins qu'une loi ne leur attribue expressément la qualité de préposés de la Couronne, ou préposés de la municipalité selon le cas.

L'Administration bénéficie, outre ces hypothèses d'immunités absolues, de ce que nous appellerons des immunités relatives prévues par diverses lois. Ces immunités sont dites relatives en ce qu'elles n'excluent pas de façon absolue tout recours en justice. Elles prennent diverses formes. Il peut s'agir d'une clause prévoyant l'immunité si l'agent a agi de bonne foi dans l'exécution de ses fonctions, ou s'il a agi dans l'exercice de ses fonctions officielles⁷⁴.

En tout état de cause, cette immunité ne joue pas si l'agent a agi de mauvaise foi, par malice, ou si l'on peut prouver que l'Administration a commis une faute lourde, une grossière négligence. Ainsi la Cour supérieure jugea, en 1986, que la bonne foi ne peut être invoquée lorsqu'il s'agit de faute lourde :

La Cour est d'avis que la Commission ne peut invoquer sa bonne foi quand il s'agit de faute lourde. La Cour ne permettrait pas que la Commission invoque une prétendue bonne foi pour éviter des conséquences de ses erreurs graves. Lorsque la Commission procède comme elle l'a fait dans la présente cause avec une absence totale de prudence et avec un manque de souciance pour ses patients, elle est censée avoir procédé de mauvaise foi et par conséquent, en l'absence de bonne foi.⁷⁵

Cette exigence de la faute lourde est requise dans la jurisprudence dominante⁷⁶. L'article 1474 du *Code civil du Québec* définit ainsi la faute intentionnelle ou lourde : « celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une

72. *Robitaille c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 90.

73. *Ibid.* ; aussi *Baird c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 160, 186 (C.F.A.).

74. *Loi sur les privilèges des magistrats*, L.R.Q., c. P-24 ; *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37, art. 16 ; *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 270 ; *Loi sur la santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-2.1.

75. *Faubert c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1986] R.J.Q. 2804, 2806-2807.

76. *Quenneville c. Directeur de la protection de la jeunesse*, [1996] R.J.Q. 115 (C.S.) ; *Cloutier c. Québec*, [1996] R.R.A. 254 (C.Q.) ; *Immeubles Ni Dia Inc. c. Québec (Commission des droits de la personne)*, J.E. 95-286 (C.S.).

négligence grossières ». Si de façon générale, ces immunités statutaires sont interprétées de façon assez stricte⁷⁷, il arrive qu'elles soient pratiquement ignorées⁷⁸.

La jurisprudence a aussi créé un régime d'immunités relatives en faveur des tribunaux ou organismes quasi judiciaires et de leurs membres⁷⁹. Elle a rendu ce régime applicable aux procureurs généraux et à leurs substituts en qualifiant les fonctions de ces derniers de quasi judiciaires⁸⁰. Ces derniers ne peuvent faire l'objet de poursuite pour procédures abusives sauf s'ils ont intenté des recours sans avoir des motifs raisonnables et probables, par malveillance ou en poursuivant des objectifs illégitimes :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l'importance de ce rôle pour l'administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* [...] a confirmé sans équivoque qu'il était dans l'intérêt public que le seuil de la responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public.⁸¹

La contrepartie de cette immunité est la possibilité de recours pour poursuite abusive. Au Québec, le *tert* de poursuite abusive trouve son équivalent sous l'article 1457 C.c.Q. sous réserve que le fardeau de preuve est le même : la faute simple ne suffit pas⁸².

Finalement, la jurisprudence semble vouloir accorder une immunité aux arbitres œuvrant en vertu de conventions d'arbitrage privées⁸³. Certes, il ne

77. *Turgeon c. Théberge*, [1987] R.R.A. 120 (C.S.) ; *Minev c. Montréal et Commission des droits de la personne du Québec*, J.E. 87-50 (C.S.) ; *Contrôle technique appliqué Ltée c. P.G. Québec*, J.E. 90-753 (C.A.) ; *Gagnon c. Lévesque*, [1989] R.R.A. 745.

78. *Delorme c. P.G. Québec*, [1993] R.R.A. 246 (C.S.).

79. *Supra*, notes 61 et s.

80. *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170. La Cour suprême mettait fin à une jurisprudence ancienne qui avait accordé une immunité absolue : *Reynen c. Canada*, (1995) 184 N.R. 350 (C.F.A.).

81. *Proulx c. P.G. Québec*, [2001] 3 R.C.S. 9, par. 4 ; aussi la dissidence du juge LeBel avec laquelle la Cour suprême en majorité se dit d'accord : [1999] R.J.Q. 398, 425 (C.A.) ; J.D. ARCHAMBAULT, « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du Procureur général à raison d'accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », (1999) 59 R. du B. 61-120.

82. *Ibid.*, par. 7 ; *Arcand c. P.G. Québec*, [1989] R.R.A. 481 (C.A.) ; *Bouchard c. P.G. Québec*, [1987] R.J.Q. 1304.

83. *Code civil du Bas-Canada*, art. 1926.1 à 1926.6 et *Code de procédure civile*, livre VII.

s'agit pas là d'un intervenant de l'Administration publique, mais la Cour d'appel, dans *Sport Maska c. Zittler*⁸⁴, assimile l'immunité de ces arbitres à celle des juges publics. Notons que cet arrêt de la Cour d'appel a été infirmé par la Cour suprême⁸⁵, mais non pas sur cette question. Il ne peut s'agir, croyons-nous, que de l'immunité relative dont bénéficient les titulaires de fonctions quasi judiciaires⁸⁶.

L'Administration, comme personne morale, bénéficie également de toutes les immunités que les lois ou la jurisprudence confèrent à leurs agents ou fonctionnaires⁸⁷. Ce principe est d'autant plus important que de nos jours les poursuites sont toujours intentées contre l'Administration ; ou bien l'Administration est tenue par divers textes ou conventions collectives de prendre fait et cause.

Mentionnons qu'en plus de ces immunités, les administrations publiques et leurs agents bénéficient très fréquemment de privilèges d'ordre procédural ; à titre d'exemple, mentionnons les avis qui doivent souvent précéder une action, les courtes prescriptions. Ces questions seront abordées plus loin.

Certaines lois peuvent prévoir des exonérations de responsabilité dans des circonstances ou situations précises. C'est le cas notamment de la *Loi sur la Société canadienne des postes* exonérant la Société de toute réclamation découlant des « pertes, retards ou erreurs de traitement subis par une chose qui a été postée »⁸⁸. Cette immunité a été interprétée de façon assez stricte⁸⁹. C'est le cas de l'article 5.8 de la *Loi sur l'aéronautique*, qui dénie à un propriétaire le droit à une indemnité pour les pertes ou dommages résultant de l'application d'un règlement de zonage⁹⁰. C'est le cas de l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* qui :

84. [1985] C.A. 386, 391.

85. *Sport Maska c. Zittler*, [1988] 1 R.C.S. 564.

86. P. GARANT. « Droit civil – Droit public – Notion d'arbitrage civil – Immunité des arbitres, des juges et membres d'organismes judiciaires : *Sport Maska c. Zittler* », (1989) 68 R. du B. can. 166-176.

87. *Barbeau c. La Reine*, (1939) 77 C.S. 524, 527 ; *Fortin c. La Reine*, [1965] C.S. 168, 170-173 ; *Sicotte c. Ministre de la Justice*, [1969] B.R. 65 ; *Chatigny c. La Reine*, [1972] C.S. 107, 113 ; *Pelletier c. La Reine*, [1970] R.C.E. 2.

88. L.R.C. (1985), cb. 10, art. 40.

89. *Société d'assurance des caisses populaires c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 193 ; *Fédération canadienne de l'entreprise indépendante c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 443 ; *Levy Brothers c. La Reine*, [1961] R.C.S. 189 ; *Stoney Creek Furniture c. Canada Post Corporation*, (1988) 45 C.C.L.T. 200 (Ont. H.C.).

90. L.R.C. (1985), 1^{er} suppl., c. 33, art. 1 ; *Ramey c. Canada*, [1987] 1 C.F. 552 ; *Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21, art. 50 : « Sa Majesté n'est pas tenue des pertes, dommages ou frais – loyers ou droits – entraînés par l'exécution des obligations découlant de la présente loi ou des règlements » ; *Société canadienne d'exportation de bisons Inc. c. Canada*, 2000 CanLII 15226 (C.F.).

[...] établit l'immunité de l'État lorsque la perte même – notamment décès, blessures ou dommages – qui constitue le fondement de l'action irrecevable est l'événement qui a fondé le paiement d'une pension ou d'une indemnité.⁹¹

Comme l'explique la Cour suprême :

L'article 9 traduit le désir rationnel du législateur d'empêcher la double indemnisation d'une même réclamation dans les cas où le gouvernement est responsable d'un acte fautif mais où il a déjà effectué un paiement à cet égard. Autrement dit, cette disposition n'exige pas que la pension ou le paiement soit versé en dédommagement de l'événement pertinent, mais uniquement que le fondement précis de leur versement soit l'existence de cet événement.⁹²

Au Québec, on retrouve de ces clauses d'exonération dans de nombreuses lois⁹³. Ces clauses sont habituellement interprétées restrictivement⁹⁴.

Même si, en principe, l'Administration est responsable civilement au même titre et suivant les mêmes règles qu'un particulier, on s'aperçoit que ce régime est passablement modifié par de nombreuses règles propres au droit administratif. Le justiciable qui se pourvoit contre l'Administration publique devra donc être très prudent dans la mise en œuvre de son recours.

Paragraphe 4

La responsabilité pour violation de la Charte

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte constitutionnelle de 1982, et à certains égards, des autres textes quasi constitutionnels analogues telle la *Charte des droits et libertés de la personne*, se soulève la question de la réparation indemnitaire découlant de la Charte : s'agit-il d'un cas de responsabilité pour faute, ou sans égard à la faute, ou d'une troisième hypothèse *sui generis* ?

91. *Sarvanis c. Canada*, 2002 CSC 28, par. 11 ; *Dumont c. Canada*, 2002 CFP1 641 (CanLII).

92. *Ibid.*, par. 27-29.

93. *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.R.Q., c. P-41.1, art. 95 ; *Loi sur les forêts*, L.R.Q., c. F-4.1, art. 228, art. 35 ; *Loi sur la protection des plantes*, L.R.Q., c. P-39, art. 14 ; *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.Q., c. M-28, art. 12.3.1 ; *Loi sur la Société immobilière du Québec*, L.R.Q., c. S-17.1, art. 54 ; *Loi sur la Société des établissements de plein air du Québec*, L.R.Q., c. S-13.01, art. 46 ; *Loi sur la voirie*, L.R.Q., c. V-8, art. 28, 89 ; *Code municipal*, L.R.Q., c. C-27.1, art. 724, 749 ; *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1, art. 250 ; *Loi sur les terres du domaine public*, L.R.Q., e. T-8.1, art. 59.

94. *Ville de St-Hubert c. Winzen Land Corp.*, [1988] R.J.Q. 940 (C.A.) ; *Lefebvre c. Commission de protection du territoire agricole*, J.E. 87-913 (C.A.) ; *Lévesque c. Ministre de la Voirie*, [1975] C.A. 227 ; *Labbé c. Ministre des Transports*, [1980] C.A. 518 ; *Lacroix c. Ministre des Transports*, J.E. 84-58 (C.S.) ; *Dufresne c. Forest*, [1976] C.A. 461 ; *Hunsebout c. P.G. Québec*, J.E. 82-1214 (C.S.) et J.E. 88-634 (C.A.).

PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW

Sixth Edition

by

David Phillip Jones, Q.C.

B.A.(Hons.) (McGill), B.C.L., M.A. (Oxon.)

and

Anne S. de Villars, Q.C.

B.Sc. (Southampton), LL.B. (Alberta)

both of
de Villars Jones
Barristers and Solicitors
Edmonton

2014

CARSWELL®

KE
5015
J66
2014

14 Thomson Reuters Canada Limited

DISCLAIMER: All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written consent of the publisher (Carswell).

Carswell and all persons involved in the preparation and sale of this publication disclaim any warranty as to accuracy or currency of the publication. This publication is provided on the understanding and basis that none of Carswell, the author/s or other persons involved in the creation of this publication shall be responsible for the accuracy or currency of the contents, or for the results of any action taken on the basis of the information contained in this publication, or for any errors or omissions contained herein.

No one involved in this publication is attempting herein to render legal, accounting or other professional advice. If legal advice or other expert assistance is required, the services of a competent professional should be sought. The analysis contained herein should in no way be construed as being either official or unofficial policy of any governmental body.

ISBN 978-0-7798-6332-7 (bound).—ISBN 978-0-7798-6333-4 (pbk.)

A cataloguing record for this publication is available from Library and Archives Canada.

Printed in the United States.

Composition: Computer Composition of Canada

TELL US HOW WE'RE DOING

Scan the QR code to the right with your smartphone to send your comments regarding our products and services.

Free QR Code Readers are available from your mobile device app store. You can also email us at carswell.feedback@thomsonreuters.com



THOMSON REUTERS

CARSWELL, A DIVISION OF THOMSON REUTERS CANADA LIMITED

One Corporate Plaza
2075 Kennedy Road
Toronto, Ontario
M1T 3V4

Customer Relations
Toronto 1-416-609-3800
Elsewhere in Canada/U.S. 1-800-387-5164
Fax: 1-416-298-5082
www.carswell.com
E-mail www.carswell.com/email

inappropriate or unjust from the public perspective. In considering what is fair to the claimant and the state, the court may take into account the public interest in good governance, the danger of deterring governments from undertaking beneficial new policies and programs, and the need to avoid diverting large sums of funds from public programs to private interests.

Ward has affirmed the existence of a unique constitutional remedy under the *Charter*. However, it is a narrow and circumscribed remedy.³⁰² Charney and Hunter have called the remedy “tort-lite” and concluded: “[t]hose who hoped that *Ward* would turn the *Charter* into a font of public law damages will be disappointed by the Court’s analysis”.³⁰³ Simply put, financial recovery for breaches of the *Charter* by state actors remains rare.

(f) Immunities

Statutory and common law immunities are a common feature limiting public tort liability. In the context of a negligence action, these immunities share a similar function with the policy/operational dichotomy discussed in the preceding section. There are a number of different types of immunities that must be considered in respect to the potential liability of public authorities.

(i) Statutory Immunity

Statutory immunity provisions abound in Canadian legislation at both the provincial and federal level. As long as it is operating within the scope of its constitutional authority, Parliament or a legislature can eliminate or limit the liability of government or a body or person exercising governmental powers. In *Authorson (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)*,³⁰⁴ Parliament retroactively amended the *Department of Veterans Affairs Act*, barring claims in relation to monies held or administered by the Minister and thereby blocking a class action suit by disabled veterans. The veterans’ funds had been held by the government but had not been invested and no interest was paid on them. The amendment was challenged under the *Canadian Bill of Rights*. The challenge was unsuccessful. In its decision, the court provided a forceful reminder of the scope of parliamentary sovereignty in relation to claims against the state, adopting the following evocative quote from an old expropriation case:³⁰⁵

³⁰² See the critique of the Court’s conservatism under section 24(1) in G. Chan, *Remedial Minimalism under section 24(1) of the Charter: Bjelland, Khadr and Nasogalauk*, (2010) 51 S.C.L.R.(2d) p. 349 and especially at p. 379.

³⁰³ R. Charney and J. Hunter, *Tort Lite? — Vancouver (City) v. Ward and the Availability of Damages for Charter Infringements* (2011), 54 S.C.L.R. 393 at p. 424.

³⁰⁴ [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39 (S.C.C.).

³⁰⁵ *Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.* (1908), 18 O.L.R. 275 (Ont. K.B.) at p. 279, affirmed 1909 CarswellOnt 211 (Ont. C.A.), affirmed 1910 CarswellOnt 699 (Ontario P.C.).

In short, the Legislature within its jurisdiction can do everything that is not naturally impossible, and is restrained by no rule human or divine. If it be that the plaintiffs acquired any rights, which I am far from finding, the Legislature had the power to take them away. The prohibition, "Thou shalt not steal," has no legal force upon the sovereign body. And there would be no necessity for compensation to be given. [Emphasis added by the court.]

The scope of the protection depends on the scope of the legislative provision of the enactment in issue. So in *Rivard c. Morier*,³⁰⁶ a police commission was given "the same protection and privileges as are conferred upon judges of the Superior Court, for any act done or omitted in the execution of their duty".³⁰⁷ This provided a sweeping immunity. An example of a narrower immunity is found in *Edwards v. Law Society*,³⁰⁸ where there is an exception from immunity for bad faith:

9. No action or other proceedings for damages shall be instituted against the Treasurer or any benchner, official of the Society or person appointed in Convocation for any act done in good faith in the performance or intended performance of any duty or in the exercise or in the intended exercise of any power under this Act, a regulation or a rule, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of any such duty or power.

In *McCulloch Finney c. Barreau (Québec)*,³⁰⁹ the Supreme Court had an opportunity to consider the ambit of a statutory immunity that applied to acts by Barreau officers "done in good faith in the performance of their duties". The core of the allegation against the Barreau was that it had failed in its supervisory duty with respect to a lawyer. The Barreau had reacted slowly to concerns about a lawyer, Belhassen, and had been ineffective in handling complaints about him. The court had to consider whether the Barreau's actions were protected by the immunity. The court determined that "bad faith was not limited to intentional fault, but can and must be given a broader meaning that encompasses serious carelessness or recklessness".³¹⁰ The Court said:

In the case of duties relating to the management of disciplinary cases, it would be contrary to the fundamental objective of protecting the public set out in s. 23 of the *Professional Code* if this immunity were interpreted as requiring evidence of malice or intent to harm in order to rebut the presumption of good faith. Gross or serious carelessness is incompatible with good faith.

306 [1985] 2 S.C.R. 716 (S.C.C.).

307 *Ibid.* at para 9.

308 *Edwards v. Law Society*, *supra* note 199 at para 16.

309 [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36 (S.C.C.).

310 *Ibid.* at para. 39.

The Barreau was held liable and the plaintiff awarded \$25,000 in damages and solicitor-client costs. Although decided under civil law, *Barreau* has been accepted in common law jurisprudence.³¹¹

The scope of the immunity provided by any particular provision will be determined by the specific language of that provision. All such provisions should be interpreted in accordance with the modern approach to interpretation of statutes:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.³¹²

However, in practice courts tend to read statutory immunities narrowly.³¹³

(ii) *Crown Immunity*

At common law, the Crown was immune from suit in tort.³¹⁴ The exact origins of this immunity are unclear but it appears that they lie in the feudal principle that the King, as an overlord, could not be sued in his own court without his consent.³¹⁵ In the 19th century, the principle was reaffirmed and strengthened. The English Courts, relying on the medieval maxim "the King can do no wrong", refused to extend the petition of right procedure to suits in tort against the Crown although the procedure had facilitated suits against the Crown in contract.³¹⁶ As there was no means of bringing a suit against the Crown in tort, its immunity from liability was considered complete. Moreover, the courts reasoned that, because the King could do no wrong, he could not authorize the commission of a tort by his servants. Accordingly, the Crown

³¹¹ *McClelland v. Stewart*, *supra* note 242.

³¹² *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. Re.* 1998 CarswellOnt 1, [1998] 1 S.C.R. 27 (S.C.C.) at para. 23.

³¹³ Generally speaking, the courts have limited the effectiveness of these provisions in their application. They have been interpreted to embrace only the good faith acts or omissions of public officers and employees. Thus, absent clear and strong language to the contrary, these provisions will not protect an officer who acts in bad faith, dishonestly, fraudulently or deliberately in excess of his or her jurisdiction. See *Boucher v. Milner* (1997), 155 D.L.R. (4th) 106 (N.B. C.A.); *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 152 D.L.R. (4th) 271 (B.C. C.A.). It should also be noted that the courts are reluctant to narrow the scope of the Crown's vicarious liability in tort by allowing it to take advantage of a statutory immunity provision designed to protect its servants from personal liability. In this regard, see *Hill v. British Columbia*, *supra* note 231, where the court held that the Crown was not entitled to take advantage of a statutory immunity provision which exempted its servant from liability in negligence.

³¹⁴ For consideration of this historic immunity, see *Air India, Re* (1987), 44 D.L.R. (4th) 317 (Ont. H.C.).

³¹⁵ E.M. Borchard, "Governmental Responsibility in Tort" (1926-27) 36 Yale L.J. 1 at 19.

³¹⁶ *Tobin v. R.* (1864), 16 C.B.N.S. 310, 143 E.R. 1148 (Eng. C.P.); *Feather v. R.* (1865), 6 B. & S. 257, 122 E.R. 1191 (Eng. Q.B.). For a discussion about the modern law of Crown contracts, see R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, (Toronto: Carswell, 1985), Vol. 1, Pt. 2, c. 3.

was held to be immune from vicarious liability, as an employer, for the torts of its servants. The personal prerogatives of the monarch became the privileges and immunities of the state.³¹⁷

The recognition of the Crown's total immunity from liability in tort did not leave the citizen, injured through governmental action, without a remedy. A citizen could turn to the doctrine of "official liability" to bring an action in tort against a Crown servant or official personally. "Official liability" refers to the personal liability of a Crown servant for torts committed in the discharge of official responsibilities. Liability would be determined on the basis of the ordinary principles of private tort law. In addition, a citizen could bring a suit in tort against a separate government board or agency, where appropriate. As government broadened the range of its activities in the 19th century through instrumentalities such as boards, incorporated government departments and independent agencies, the courts resisted the extension of the Crown's immunity to these bodies.³¹⁸ Therefore, actions in tort could be brought against them. However, this attempt to limit the scope of the Crown's immunity led to the creation of a confusing body of case law concerning the precise scope of the status of Crown agency and the immunities and privileges that could be claimed by a Crown agent.³¹⁹

In the face of the Crown's immunity from suit, the personal liability of Crown servants served both a symbolic and practical purpose. Symbolically, it represented the concept of equality under the law – the equal subjection of Crown servants and private citizens to the law of the land in the same manner and to the same extent.³²⁰ Crown servants would not be able to claim preferential or differential treatment under any special regime of law. Moreover, the concept of official liability fit well with prevailing notions of morality and responsibility – a governmental official would be held personally accountable for a wrongful exercise of governmental power;³²¹ and others would be deterred from similar misconduct by the possibility of liability. From a practical perspective, official liability met a real need. Citizens, injured as a consequence of governmental action, had a means of gaining compensation for their loss or damage.

However, the scheme of official liability was not without its difficulties. To begin with, the burden of responsibility for injurious governmental activity

317 This development is not surprising, as in its evolution, executive government has been imbued with the personality of the monarch. Historically, the law has not recognized the clear distinction between the personal prerogatives of the monarch and those of the state. The legal personality of the state has as a result been confused with the legal personality of the monarch.

318 A major step in this regard was taken by the House of Lords in *Mersey Docks & Harbour Board v. Gibbs* (1866), 11 H.L.C. 686 (U.K. H.L.). On the basis of this decision, the courts deprived a large number of public corporations of this shield of Crown immunity. As these public corporations were providing commercial services to the public, the courts reasoned that functions of this nature were not "governmental" and therefore not entitled to share in the protection of the Crown's immunities.

319 For example, see Hogg, Monahan and Wright, *supra* note 5 at 461-481.

320 Dicey, *supra* note 147.

321 C. Harlow, *supra* note 249 at 19-20.

was borne by Crown servants in their personal capacities. In some circumstances, the imposition of liability on an individual Crown employee could only be adjudged harsh or unjust.³²² The threat of personal liability encouraged timid and ineffectual government administration in some instances. Further, from a plaintiff's point of view, official liability often provided only a theoretical remedy. Crown servants usually lacked the funds with which to satisfy any judgments obtained against them, leaving the injured citizen with a hollow victory. In other instances, statutory or common law immunities designed to protect the official from liability left the citizen to bear his or her own loss. And, sometimes, the plaintiff was unable to identify the specific Crown servant who caused the loss leaving him or her with no one to sue.

To provide a more efficacious remedy, the Crown began the practice of standing behind its servants in suits arising out of their employment. In other instances, it nominated a defendant to be sued. In both cases, the Crown would conduct the defence in the servant's name and would satisfy any judgment obtained against him or her on an *ex gratia* basis. Governments at both the federal and provincial level accepted greater responsibility for their own injurious activities and those of their employees.³²³ *Petition of Right* statutes permitted actions in tort against the Crown,³²⁴ provided the consent of the Crown was first obtained by fiat. On the other hand, to protect Crown servants from unwarranted personal liability and to foster the forthright administration of government, greater use was also made of statutory immunity provisions.

Despite its obvious shortcomings, this scheme of government liability, with its twin features of Crown immunity and official liability, remained in place for much of the last century. However, it came under increasing attack as an anachronistic and inadequate response to the issue of government liability. As a result, statutory reform occurred in most Commonwealth jurisdictions. In the United Kingdom, the Crown's historic immunity from liability in tort was replaced in 1948 by the enactment of the *Crown Proceedings Act*.³²⁵ In 1950, the Canadian Commissioners on Uniformity of Legislation proposed a model Act for a similar purpose.³²⁶ The federal Parliament enacted the *Crown Liability Act* in 1953.³²⁷ Over the next two decades, all of the Canadian provinces (except Quebec)³²⁸ enacted legislation substantially adopting the model

322 For example, the imposition of liability on a Crown servant for the good faith enforcement of an ostensibly valid statute which was subsequently determined to be unconstitutional. However, the Supreme Court of Canada has recognized a "claim of right" defence in this respect: *Guimond v. Quebec*, *supra* note 290. See also *Ward v. Vancouver*, *supra* note 289.

323 Since 1938, the federal government had accepted vicarious responsibility for the negligent conduct of its employees.

324 See for example, the *Alberta Petition of Right Act*, R.S.A. 1955, c. 231.

325 10 & 11 Geo. V, c. 44 (1948). This paralleled a similar development in the United States in the *Federal Tort Claims Act*, 1946, 60 Stat. 842.

326 *An Act Respecting Proceedings Against the Crown*, in the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, "Proceedings of 1950" at 76.

327 *Now Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50.

328 The situation in Quebec was different because, in contrast to the other provinces, under Quebec civil law the Crown in Right of Quebec was historically liable in tort. Quebec simplified the law in 1965 by abolishing the obligation to obtain a fiat before proceeding against the Crown. See the discussion in Hogg, Monahan and Wright, *supra* note 5 at 9.

Act.³²⁹ As a result, proceedings in tort can now be brought against the federal government and all provincial governments in Canada.

A detailed examination of the legislation governing proceedings against the Crown is beyond the scope of this section.³³⁰ Suffice it to say that the major purpose underlying Crown proceedings legislation was to end the Crown's common law immunity from liability in tort by making it subject to the same general principles of tort liability as if it were a private person of full age and capacity.³³¹ Thus, section 5(1) of the Alberta Act reads as follows:

5(1) Except as otherwise provided in this Act and notwithstanding section 14 of the Interpretation Act, the Crown is subject to all those liabilities in tort to which, if it were a person of full age and capacity, it would be subject,

- (a) in respect of a tort committed by any of its officers or agents,
- (b) in respect of any breach of those duties that a person owes to that person's servants or agents by reason of being their employer,
- (c) in respect of any breach of the duties attaching to the ownership, occupation, possession or control of property, and
- (d) under any statute or under any regulation or by-law made or passed under the authority of any statute.

Accordingly, the Crown can now be held liable in damages for the tortious acts or omissions of its servants and agents, and for the breach of its duties as

329 See *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 2000, c. P-25; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.S. 1978, c. P-27; *Proceedings Against the Crown Act*, C.C.S.M., c. P-140; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1990, c. P-27; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360; *Crown Proceedings Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-32; *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N. 1990, c. P-26. In Quebec, see *Special Procedure Act*, R.S.Q. 1977, c. P-27, art. 1, and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25, art. 94. See Hogg, Monahan and Wright, *supra* note 5 at 156-159.

330 See Hogg, Monahan and Wright, *supra* note 5 at 11-13 and 452-455; Lorden, *supra* note 58; Goldenberg, "Tort Actions Against the Crown in Ontario" (1973) *L.S.U.C. Special Lectures: New Developments in the Law of Torts* at 341; Jack, "Suing the Crown and the Application of the Charter" (1986) 7 *Advocates' Quarterly* 277; Sguyias *et al.*, *supra* note 72; Lester, "Suing the Federal Crown in Tort: Some Practical Points" (2000) 23 *The Advocates Quarterly* 444.

331 Hogg, Monahan and Wright, *ibid.* at 113 note that an identical provision was enacted by the federal Parliament and in all provinces, with the exception of British Columbia and Quebec. The Crown retained some immunities from liability in tort; for example, in relation to the performance of judicial functions. See *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170 (S.C.C.); *Wiche v. Ontario* (2001), 38 Admin. L.R. (3d) 194 (Ont. S.C.J.), affirmed (2003), [2003] O.J. No. 221, 2003 CarswellOnt 291 (Ont. C.A.); *Pispidikis v. Ontario (Justice of the Peace)* (2002), 62 O.R. (3d) 596 (Ont. S.C.J.), additional reasons at (2003), 2003 CarswellOnt 1357 (Ont. S.C.J.), affirmed (2003), 180 O.A.C. 45 (Ont. C.A.).

an employer, or as the owner, occupier or possessor of property.³³² Suits can either be brought against the Crown directly,³³³ or vicariously for the tortious acts of its servants and agents.³³⁴

The vicarious liability of the Crown will depend on whether the conduct complained of is tortious³³⁵ and whether the tortfeasor is a servant or agent of the Crown.³³⁶ In recent years this question has become more complex with growing government reliance on independent contractors and arrangements with non-governmental agencies and actors.

332 As Hogg, Monahan and Wright, *supra* note 5, observe at 11-15, the term "the Crown" is difficult to define in practice. Generally speaking, the term is used to describe the executive branch of government which consist of a myriad of ministries, departments, boards, agencies, commissions, tribunals and corporations. Many of these public authorities are more properly described as "Crown agencies". This status will depend on whether the public body is controlled by a Minister of the Crown or is declared by statute to be a Crown agent. See discussion at 467-482 of Hogg, Monahan and Wright.

333 A novel, direct action against the Crown arose out of the exercise of its prerogative to participate in the NATO bombing campaign of Yugoslavia. The court decided that the policy decision to participate was not justiciable, nor was it subject to a private law duty of care as it concerned a macro policy decision. See *Aleksic v. Canada (Attorney General)* (2002), 215 D.L.R. (4th) 720 (Ont. Div. Ct.).

334 See for example, *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 2000, c. P-25, s. 5(1).

335 This determination will be made on the basis of the ordinary principles of tort law. For example, the tort liability of the federal Crown in negligence will be subject to the policy/operational distinction. See *Brewer Brothers v. Canada (Attorney General)*, *supra* note 175, and *Swanson Estate v. R.* (1991), *supra* note 175.

336 Although an employer is generally not held to be liable for the torts of independent contractors engaged by him, the courts have imposed liability on the Crown for the tortious conduct of its independent contractors arising out of the performance of non-delegable duties imposed on the Crown. For example, in *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia* (1997), [1998] 5 W.W.R. 732 (S.C.C.), the Crown was held vicariously liable for the negligence of an independent contractor employed to perform the Crown's duty to maintain provincial highways. See also the Supreme Court of Canada's consideration of non-delegable duties in three cases concerning liability for childhood abuse: *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, 2 S.C.R. 403; *M.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 53, 2 S.C.R. 477 and *E.D.G. v. Hammer*, 2003 SCC 52, 2 S.C.R. 459. The vicarious liability of the Crown has arisen in a number of cases involving child abuse committed by independent contractors or employees of the Crown. On the basis of the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *B. (P.A.) v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534 (S.C.C.) and *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570 (S.C.C.), the courts have held the Crown liable for sexual and physical abuse committed by teachers, government employees and independent contractors. For example, *B. (D.) v. Canada (Attorney General)*, [2001] 5 W.W.R. 128 (Sask. Q.B.); *L. (H.) v. Canada (Attorney General)*, [2001] 7 W.W.R. 722 (Sask. Q.B.), additional reasons at [2001] 11 W.W.R. 727 (Sask. Q.B.), additional reasons at [2001] 11 W.W.R. 737 (Sask. Q.B.), reversed (2002), [2003] 5 W.W.R. 421 (Sask. C.A.), leave to appeal granted (2003), [2003] S.J. No. 555, 2003 CarswellSask 574 (Sask. C.A.), reversed (2005), 2005 CarswellSask 268 (S.C.C.); *A. (C.) v. C. (J.W.)* (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 157 (B.C. C.A.); *White v. Canada (Attorney General)* (2002), 4 B.C.L.R. (4th) 161 (B.C. S.C. [In Chambers]), leave to appeal allowed 2002 BCCA 709 (B.C. C.A. [In Chambers]), affirmed (2003), 2003 CarswellBC 489 (B.C. C.A.), where the Federal Crown was held vicariously liable for systemic negligence of its officers and employees in failing to take steps to protect sea cadets from sexual misconduct by other employees.



CANADA

Codification administrative des

**LOIS
CONSTITUTIONNELLES
DE
1867 à 1982**

**MINISTÈRE DE LA JUSTICE
CANADA**

Lois codifiées au 1^{er} janvier 2013

LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 ⁽⁸⁰⁾

PARTIE I

CHARTER CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS

Droits et libertés au Canada

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.

LIBERTÉS FONDAMENTALES

Libertés fondamentales

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;

⁽⁸⁰⁾ Édifiée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982. Texte de la *Loi de 1982 sur le Canada*, à l'exception de l'annexe B :

ANNEXE A — SCHEDULE A

Loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada

Sa Très Excellente Majesté la Reine, considérant :

qu'à la demande et avec le consentement du Canada, le Parlement du Royaume-Uni est invité à adopter une loi visant à donner effet aux dispositions énoncées ci-après et que le Sénat et la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement ont présenté une adresse demandant à Sa Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi à cette fin,

sur l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes réunis en Parlement, et par l'autorité de celui-ci, édicte :

1. La *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncée à l'annexe B, est édictée pour le Canada et y a force de loi. Elle entre en vigueur conformément à ses dispositions.
2. Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne font pas partie du droit du Canada.
3. La partie de la version française de la présente loi qui figure à l'annexe A a force de loi au Canada au même titre que la version anglaise correspondante.
4. Titre abrégé de la présente loi : *Loi de 1982 sur le Canada*.

Loi constitutionnelle de 1982

- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

DROITS DÉMOCRATIQUES

Droits démocratiques des citoyens

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Mandat maximal des assemblées

4. (1) Le mandat maximal de la Chambre des communes et des assemblées législatives est de cinq ans à compter de la date fixée pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes. ⁽⁸¹⁾

Prolongations spéciales

(2) Le mandat de la Chambre des communes ou celui d'une assemblée législative peut être prolongé respectivement par le Parlement ou par la législature en question au-delà de cinq ans en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés de la Chambre des communes ou de l'assemblée législative. ⁽⁸²⁾

Séance annuelle

5. Le Parlement et les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois. ⁽⁸³⁾

LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT

Liberté de circulation

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

Liberté d'établissement

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

⁽⁸¹⁾ Voir l'article 50 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les notes en bas de page (40) et (42) relatives aux articles 85 et 88 de cette loi.

⁽⁸²⁾ Remplace en partie la catégorie 1 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui a été abrogée comme l'indique le paragraphe 1(3) de l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁽⁸³⁾ Voir les notes en bas de page (10), (41) et (42) relatives aux articles 20, 86 et 88 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Loi constitutionnelle de 1982

- a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;
- b) de gagner leur vie dans toute province.

Restriction

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

- a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;
- b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

Programmes de promotion sociale

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

GARANTIES JURIDIQUES

Vie, liberté et sécurité

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.

Fouilles, perquisitions ou saisies

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

Détention ou emprisonnement

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Arrestation ou détention

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
- c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue. ⁽⁹³⁾

Continuité d'emploi de la langue d'instruction

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

Justification par le nombre

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

- a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
- b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

RECOURS

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

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.

Irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

⁽⁹³⁾ L'alinéa 23(1)a) n'est pas en vigueur pour le Québec. Voir l'article 59, ci-dessous.



CANADA

A Consolidation of

**THE
CONSTITUTION
ACTS
1867 to 1982**

**DEPARTMENT OF JUSTICE
CANADA**

Consolidated as of January 1, 2013

CONSTITUTION ACT, 1982 ⁽⁸⁰⁾

PART I

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

GUARANTEE OF RIGHTS AND FREEDOMS

Rights and freedoms in Canada

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.

FUNDAMENTAL FREEDOMS

Fundamental freedoms

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;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

(80) Enacted as Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), which came into force on April 17, 1982. The *Canada Act 1982*, other than Schedules A and B thereto, reads as follows:

An Act to give effect to a request by the Senate and House of Commons of Canada

Whereas Canada has requested and consented to the enactment of an Act of the Parliament of the United Kingdom to give effect to the provisions hereinafter set forth and the Senate and the House of Commons of Canada in Parliament assembled have submitted an address to Her Majesty requesting that Her Majesty may graciously be pleased to cause a Bill to be laid before the Parliament of the United Kingdom for that purpose.

Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

1. The *Constitution Act, 1982* set out in Schedule B to this Act is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada and shall come into force as provided in that Act.
2. No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1982* comes into force shall extend to Canada as part of its law.
3. So far as it is not contained in Schedule B, the French version of this Act is set out in Schedule A to this Act and has the same authority in Canada as the English version thereof.
4. This Act may be cited as the *Canada Act 1982*.

Constitution Act, 1982

DEMOCRATIC RIGHTS

Democratic rights of citizens

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Maximum duration of legislative bodies

4. (1) No House of Commons and no legislative assembly shall continue for longer than five years from the date fixed for the return of the writs at a general election of its members. ⁽⁸¹⁾

Continuation in special circumstances

(2) In time of real or apprehended war, invasion or insurrection, a House of Commons may be continued by Parliament and a legislative assembly may be continued by the legislature beyond five years if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House of Commons or the legislative assembly, as the case may be. ⁽⁸²⁾

Annual sitting of legislative bodies

5. There shall be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months. ⁽⁸³⁾

MOBILITY RIGHTS

Mobility of citizens

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

Rights to move and gain livelihood

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

- (a) to move to and take up residence in any province; and
- (b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

⁽⁸¹⁾ See section 50, and footnotes (40) and (42) to sections 85 and 88, of the *Constitution Act, 1867*.

⁽⁸²⁾ Replaces part of Class 1 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, which was repealed as set out in subitem 1(3) of the schedule to the *Constitution Act, 1982*.

⁽⁸³⁾ See footnotes (10), (41) and (42) to sections 20, 86 and 88 of the *Constitution Act, 1867*.

Constitution Act, 1982

Limitation

- (3) The rights specified in subsection (2) are subject to
- (a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and
 - (b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

Affirmative action programs

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

LEGAL RIGHTS

Life, liberty and security of person

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.

Search or seizure

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

Detention or imprisonment

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

Arrest or detention

10. Everyone has the right on arrest or detention
- (a) to be informed promptly of the reasons therefor;
 - (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
 - (c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

Proceedings in criminal and penal matters

11. Any person charged with an offence has the right
- (a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;
 - (b) to be tried within a reasonable time;

Constitution Act, 1982

all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

Application where numbers warrant

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

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

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

ENFORCEMENT

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

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.

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

chapitre CCQ-1991

CODE CIVIL DU QUÉBEC

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.

1991, c. 64, a. 1376.

chapter CCQ-1991

CIVIL CODE OF QUÉBEC

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.

1991, c. 64, a. 1376.

chapitre C-26

CODE DES PROFESSIONS

193. Ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions:

1° un comité d'inspection professionnelle ou un membre, un inspecteur, un expert ou le secrétaire de ce comité ainsi que la personne responsable de l'inspection professionnelle nommée conformément à l'article 90;

2° un syndic, un expert qu'un syndic s'adjoint ou une autre personne qui l'assiste dans l'exercice de ses fonctions d'enquête;

3° un comité de révision visé à l'article 123.3 ou un membre de ce comité;

4° le président en chef, le président en chef adjoint, un conseil de discipline ou un membre ou le secrétaire de ce conseil;

5° le Tribunal des professions ou un de ses juges;

6° le Conseil d'administration, un de ses membres ou le secrétaire de l'ordre;

7° tout comité d'enquête formé par un Conseil d'administration, un membre d'un tel comité ou un enquêteur de l'ordre;

8° l'Office ou un de ses membres;

9° tout administrateur désigné par le gouvernement en vertu de l'article 14.5;

10° une personne, un comité ou un membre d'un comité désigné par le Conseil d'administration pour l'application des articles 45 à 45.2, 46.0.1, 48 à 52.1, 55 à 55.2 ou 89.1;

11° (*paragraphe abrogé*).

1973, c. 43, a. 187; 1974, c. 65, a. 32; 1988, c. 29, a. 59; 1994, c. 40, a. 175; 2000, c. 13, a. 48; 2004, c. 15, a. 14; 2008, c. 11, a. 1, a. 140; 2013, c. 12, a. 29.

chapter C-26

PROFESSIONAL CODE

193. The following persons or bodies cannot be prosecuted by reason of acts engaged in in good faith in the performance of their duties or functions:

- (1) a professional inspection committee or a member, inspector, expert or the secretary of such committee, or the person responsible for professional inspections appointed under section 90;
- (2) a syndic, an expert whose services are retained by a syndic and any other person assisting a syndic in the exercise of inquiry functions;
- (3) a review committee referred to in section 123.3 or a member of such committee;
- (4) the senior chair, the deputy senior chair, a disciplinary council or a member or the secretary of such council;
- (5) the Professions Tribunal or a judge thereof;
- (6) the board of directors, a member of the board of directors or the secretary of the order;
- (7) a committee of inquiry established by a board of directors, a member of such a committee or an investigator of the order;
- (8) the Office or a member of the Office;
- (9) an administrator designated by the Government under section 14.5;
- (10) a person, committee or member of a committee designated by the board of directors for the purposes of any of sections 45 to 45.2, 46.0.1, 48 to 52.1, 55 to 55.2 and 89.1;
- (11) *(paragraph repealed)*.

1973, c. 43, s. 187; 1974, c. 65, s. 32, s. 109; 1988, c. 29, s. 59; 1994, c. 40, s. 175; 2000, c. 13, s. 48; 2004, c. 15, s. 14; 2008, c. 11, s. 1, s. 140; 2013, c. 12, s. 29.

chapitre P-24

LOI SUR LES PRIVILÈGES DES MAGISTRATS

1. Nulle action ne peut être intentée contre un juge de la Cour du Québec, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle.

En outre, les juges visés à l'article 260 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure.

S. R. 1964, c. 25, a. 6; 1966, c. 9, a. 3; 1977, c. 20, a. 138; 1982, c. 32, a. 117; 1988, c. 21, a. 116.

2. Il ne peut être adjugé de dépens contre un juge visé à l'article 260 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) dans une procédure en annulation ou en révision d'une décision, sauf au cas de contestation de sa part.

S. R. 1964, c. 25, a. 9; 1966, c. 9, a. 5; 1982, c. 32, a. 118.

3. *(Cet article a cessé d'avoir effet le 17 avril 1987).*

1982, e. 21, a. 1; R.-U., 1982, c. 11, ann. B, ptie I, a. 33.

ANNEXE ABROGATIVE

Conformément à l'article 17 de la Loi sur la refonte des lois (chapitre R-3), le chapitre 25 des Statuts refondus, 1964, tel qu'en vigueur au 31 décembre 1977, est abrogé à compter de l'entrée en vigueur du chapitre P-24 des Lois refondues.

chapter P-24

MAGISTRATE'S PRIVILEGES ACT

1. No action shall be brought against a judge of the Court of Québec, justice of the peace or officer fulfilling public duties, by reason of any act done in virtue of a statutory provision of Canada or of Québec, for the reason that such provision is unconstitutional.

Moreover, the judges contemplated in section 260 of the Courts of Justice Act (chapter T-16) shall enjoy the same immunity as judges of the Superior Court.

R. S. 1964, c. 25, s. 6; 1966, c. 9, s. 3; 1977, c. 20, s. 138; 1982, c. 32, s. 117; 1988, c. 21, s. 116.

2. No costs shall be adjudicated against any judge contemplated in section 260 of the Courts of Justice Act (chapter T-16) in proceedings for quashing or reviewing a decision unless there is contestation on his part.

R. S. 1964, c. 25, s. 9; 1966, c. 9, s. 5; 1982, c. 32, s. 118.

3. *(This section ceased to have effect on 17 April 1987).*

1982, c. 21, s. 1; U. K., 1982, c. 11, Sch. B, Part I, s. 33.

REPEAL SCHEDULE

In accordance with section 17 of the Act respecting the consolidation of the statutes (chapter R-3), chapter 25 of the Revised Statutes, 1964, in force on 31 December 1977, is repealed effective from the coming into force of chapter P-24 of the Revised Statutes.