

IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA)

BETWEEN:

JESSICA ERNST

Appellant

- and -

ALBERTA ENERGY REGULATOR

Respondent

BOOK OF AUTHORITIES
CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION
(Rules 37 and 42 of the Rules of the Supreme Court of Canada)

Volume II of II

CHERNOS FLAHERTY SVONKIN LLP

40 University Avenue
Suite 710
Toronto, ON M5J 1T1
Fax: 647-725-5440

Stuart Svonkin

Tel: 416-855-0404
Email: ssvonkin@cfscounsel.com

Brendan Brammall

Tel: 416-855-0415
Email: bbrammall@cfscounsel.com

Michael Bookman

Tel: 416-855-0414
Email: mbookman@cfscounsel.com

Counsel for the Proposed Intervener,
the Canadian Civil Liberties Association

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

World Exchange Plaza
100 Queen St, Suite 1300
Ottawa, ON K1P 1J9

Nadia Effendi

Tel: 613.787.3562
Email: neffendi@blg.com

Agent for the Proposed Intervener,
the Canadian Civil Liberties Association

ORIGINAL TO:

ROGER BILODEAU, Q.C.
Registrar of the Supreme Court of Canada
Supreme Court of Canada
301 Wellington Street
Ottawa, ON K1A 0J1

COPIES TO:

KLIPPENSTEINS
160 John Street
Suite 300
Toronto, ON M5V 2E5
Tel: 416-598-0288
Fax: 416-598-9520

Murray Klippenstein
Email: murray.klippenstein@klippensteins.ca

W. Cory Wanless
Email: cory.wanless@klippensteins.ca

Counsel for the Applicant (Appellant),
Jessica Ernst

**JENSEN SHAWA SOLOMON DUGUID
HAWKES LLP**
800, 304 8TH Avenue SW
Suite 800
Calgary, AB T2P 1C2
Tel: 403-571-1507
Fax: 403-571-1528

Glenn Solomon, Q.C.
Email: gsolomon@jssbarristers.ca

Laura Warner
Email: warnerl@jssbarristers.ca

Counsel for the Respondent,
Alberta Energy Regulator

NELLIGAN O'BRIEN PAYNE LLP
50 O'Connor Street, Suite 1500
Ottawa, ON K1P 6L2
Tel: (613) 231-8311
Fax: (613) 788-3667

Christopher Rootham
Email: Christopher.Rootham@nelligan.ca

Ottawa agent for the Appellant Jessica
Ernst

**GOWLING LAFLEUR HENDERSON
LLP**
160 Elgin Street
Suite 2600
Ottawa, ON K1P 1C3

Jeffrey W. Beedell
Tel: 613-786-1071
Fax: 613-788-3587
Email: jeff.beedell@gowlings.com

Ottawa Agent for the Respondent,
Alberta Energy Regulator

Procureur général du Québec

1200, route de l'Église
2e étage
Québec, QC G1V 4M1

Robert Desroches

Carole Soucy

Tel : 418-643-1477
Fax : 418-644-7030
Email : Robert.desroches@justice.gouv.gc.ca

Counsel for Procureur général du Québec

Bull, Housser & Tupper LLP

1800 – 510 West Georgis Street
Vancouver, B.C. V6B 0M3

Ryan D.W. Dalziel

Emily C. Lapper

Tel: 604-641-4881
Fax: 604-646-2671
Email: rdd@bht.com

Counsel for the Intervener
B.C. Civil Liberties Association

WeirFoulds LLP

1600 – 130 King St. West
Toronto, ON M5X 1J5

Raj Anand

Cheryl Milne

Tel: 416-947-5091
Fax: 416-365-1876
Email: ranand@weirfoulds.com

Counsel for the Intervener
David Asper Centre for Constitutional Rights,
University of Toronto Faculty of Law

Noël & Associés

111, rue Champlain
Gatineau, QC J8X 3R1

Pierre Landry

Tel : 819-771-7393
Fax : 819-771-5397
Email : p.landry@noelassocies.com

Agent for Procureur général du Québec

Power Law

1103 – 130 Albert Street
Ottawa, ON K1P 5G4

David Taylor

Tel: 613-702-5563
Fax: 613-702-5563
Email: dtaylor@powerlaw.ca

Agent for B.C. Civil Liberties Association

Norton Rose Fulbright LLP

1500 – 45 O'Connor Street
Ottawa, ON K1P 1A4

Sally Gomery

Tel: 613-780-8604
Fax: 613-230-5459
Email: sally.gomery@nortonrose.com

Agent for the Intervener
David Asper Centre for Constitutional
Rights, University of Toronto Faculty of
Law

INDEX

Tab	Authority
VOLUME I	
1.	<i>Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)</i> , 2003 SCC 62
2.	<i>Ernst v. EnCana Corporation</i> , 2013 ABQB 537
3.	<i>Ernst v. Energy Resources Conservation Board</i> , 2014 ABCA 285
4.	<i>Henry v. B.C. (A.G.)</i> , [2015] 2 S.C.R. 214
5.	<i>Hunter v. Southam</i> , [1984] 2 S.C.R. 145
VOLUME II	
6.	<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863
7.	<i>Nelles v. Ontario</i> , [1989] 2 S.C.R. 170
8.	<i>Prete v. Ontario</i> , 16 O.R. (3d) 161 (C.A.)
9.	<i>R. v. 974649 Ontario Ltd. c.o.b. as Dunedin Construction</i> , 2001 SCC 81
10.	<i>Vancouver (City) v. Ward</i> , 2010 SCC 27

James Henry Mills *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17818.

*1984: June 6, 7.

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

**Re-hearing: 1985: October 9; 1986: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Courts of competent jurisdiction to grant remedy under s. 24(1) of the Charter — Accused alleging at his preliminary inquiry a violation of his Charter right to be tried within reasonable time — Preliminary inquiry judge not a court of competent jurisdiction — Procedure to be followed in seeking a remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Whether accused's right to be tried within reasonable delay denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

The accused was charged with robbery in March 1977 and arrested in October 1979. At his preliminary inquiry held on May 18, 1982, one month after the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the accused made a motion to stay the proceedings alleging, among other things, denial of his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. Of the 19 month delay complained of, the Crown acknowledged that 10 months was due to its negligent inaction. It was found at the preliminary inquiry that, although a preliminary hearing judge is a court of competent jurisdiction to consider an alleged s. 11(b) violation under s. 24 of the *Charter*, s. 24 did not apply in this case because it had only a prospective effect. The accused unsuccessfully sought an application for prohibition and *certiorari*, to prohibit further proceedings on the charge and to quash the ruling, and an application for a remedy under s. 24 of the *Charter* in the Ontario Supreme Court. The motions court judge held that a preliminary hearing judge was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 but concluded on the merits that there had been no violation

James Henry Mills *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 17818.

*1984: 6, 7 juin.

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

**Nouvelle audition: 1985: 9 octobre; 1986: 26 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux compétents pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — Inculpé alléguant à l'enquête préliminaire qu'il y a eu violation de son droit conféré par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable — Le juge à l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent — Procédures à suivre pour obtenir une réparation — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Y a-t-il eu négation du droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

L'inculpé a été accusé de vol qualifié en mars 1977 et arrêté en octobre 1979. À son enquête préliminaire, tenue le 18 mai 1982, soit un mois après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'inculpé a présenté une requête pour obtenir la suspension des procédures. Il alléguait notamment qu'on lui avait nié le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. La poursuite reconnaît que dix des dix-neuf mois du délai en cause sont attribuables à sa propre inaction négligente. On a conclu à l'enquête préliminaire que, bien que le juge qui préside une telle enquête soit un tribunal compétent en vertu de l'art. 24 de la *Charte* pour examiner une allégation de violation de l'al. 11b), l'art. 24 ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il n'a effet que pour l'avenir. L'inculpé a demandé sans succès à la Cour suprême de l'Ontario une prohibition et un *certiorari* qui auraient interdit la continuation des procédures relatives à l'accusation et annulé la décision susmentionnée, et une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Le juge de la cour des requêtes a conclu qu'un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent au sens de l'art. 24, mais que, au

of s. 11(b). The accused's appeal to the Court of Appeal, pursuant to s. 719 of the *Criminal Code* which authorizes only appeals in prerogative writs applications, was dismissed. The accused's appeal to this Court raised several issues: (1) Where an application alleges a breach of s. 11(b) of the *Charter* (a) is a judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter*; (b) is a judge of the supreme court of a province a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under s. 24(1) of the *Charter*; (2) Assuming that a judge presiding at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction, is the decision of the inferior court susceptible to review either by prerogative writ or by independent application to a superior court pursuant to s. 24(1) of the *Charter*; and (3) Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time had not been violated?

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

Per Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: Under s. 24(1) of the *Charter*, anyone whose *Charter* rights have been violated may apply to a court of competent jurisdiction for an appropriate remedy. Since the *Charter* is without jurisdictional provisions and directions, an application for s. 24(1) relief in a criminal case should follow the framework and procedures set up by the *Criminal Code*. The *Charter* was created to form an important part of our legal system and must fit into the existing scheme.

A magistrate sitting at a preliminary hearing is not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24. The limited jurisdiction conferred on him in Part XV of the *Code* does not permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He has also no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2). Exclusion of evidence under that section is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1).

The courts of criminal jurisdiction, as defined in s. 2 of the *Code*, and the summary conviction courts will be courts of competent jurisdiction where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and have the power to make the order sought. The

fond, il n'y avait pas eu de violation de l'al. 11b). La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'inculpé fondé sur l'art. 719 du *Code criminel*, qui prévoit des appels seulement à l'égard de demandes de brefs de prérogative. Le pourvoi de l'inculpé devant cette Cour soulève plusieurs questions: (1) lorsqu'une demande allègue une violation de l'al. 11b) de la *Charte* a) le juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? b) un juge de la cour suprême d'une province constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une requête introductive d'instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*? (2) présumant que le juge qui préside une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent, la décision de la juridiction de degré inférieur peut-elle être révisée, soit par bref de prérogative, soit par action directe devant une cour supérieure, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* et (3) la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle conclu à tort que le droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable n'avait pas été violé?

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

Les juges Beetz, McIntyre et Chouinard: Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, toute personne, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir une réparation convenable. Puisque la *Charte* ne comporte pas de dispositions et de directives relatives à la compétence, une demande de réparation en vertu du par. 24(1) dans une affaire criminelle doit respecter le cadre et les procédures établis par le *Code criminel*. La *Charte* a été créée pour former une partie importante de notre système juridique et doit en conséquence s'insérer dans le régime existant.

Le magistrat qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24. La compétence limitée que lui confère la Partie XV du *Code* ne l'autorise pas à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il n'a pas non plus compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). L'exclusion d'éléments de preuve en vertu de cette disposition est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1).

Les cours de juridiction criminelle, définies à l'art. 2 du *Code*, et les cours des poursuites sommaires constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre l'ordon-

remedies granted by these courts must remain within the ambit of criminal powers. There will be no jurisdiction in these courts, however, where prerogative relief is sought, or where a claim for relief, if granted, would involve interference in proceedings before another court.

The provincial superior court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* at first instance, that is to say, in cases where the issue arises in proceedings before it. The superior court will of course continue to have jurisdiction as a reviewing court where prerogative claims are made or advanced.

When it is advisable to move for relief before trial under s. 24(1) of the *Charter*, the pre-trial motion and its near relative, the preliminary motion or preliminary objection may be employed once an indictment has been preferred.

The grant or denial of *Charter* relief is appealable as a question of law under the *Code*. Interlocutory appeals in respect of refusals or grants of *Charter* remedies under s. 24(1) are not available, however, because they are not authorized in the *Code*.

The infringement of a *Charter* right does not of itself give rise to jurisdictional error and there is no reason to characterize some *Charter* violations as jurisdictional and others as not. When a *Charter* right is violated, s. 24(1) authorizes the court to grant an appropriate remedy. It neither excludes the court from further participation in the matter nor specifies the remedy. The remedy will vary with the circumstances.

While appellant's motion included a claim for non-prerogative relief under the *Charter*, the appeal under s. 719 of the *Criminal Code* applied only to the prerogative portion of the application. Here, since the preliminary hearing magistrate had no jurisdiction to grant s. 24(1) relief, he did not exceed his jurisdiction. Consequently, the superior court judge's dismissal of the claim for prohibition and *certiorari* is sustainable and this appeal must be dismissed.

Per La Forest J.: A preliminary hearing magistrate is not a "court of competent jurisdiction", within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*, for determining whether an accused's right "to be tried within a reason-

nance sollicitée. Les réparations accordées par ces tribunaux doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Toutefois, quand un bref de prérogative est demandé ou qu'une demande de redressement, si on y faisait droit, entraînerait une intervention dans des procédures devant un autre tribunal, ces tribunaux n'ont pas compétence.

La cour supérieure provinciale sera toujours un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* en première instance, c'est-à-dire dans des affaires où la question en litige est soulevée dans le cadre d'une instance devant cette cour. Bien entendu, la cour supérieure continuera d'avoir une compétence de révision en matière de recours de prérogative.

Dans les cas où il est souhaitable de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* avant le procès, on peut avoir recours à la requête préalable et à la procédure voisine, la requête préliminaire ou le moyen préliminaire, dès qu'un acte d'accusation a été présenté.

Une décision accordant ou refusant une réparation prévue par la *Charte* est susceptible d'appel à titre de question de droit en vertu du *Code*. On ne peut toutefois pas interjeter d'appels interlocutoires de décisions refusant ou accordant une réparation visée au par. 24(1) de la *Charte* parce que le *Code* n'autorise pas de tels appels.

Une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas en soi pour faire naître une erreur de compétence et il n'y a aucune raison de qualifier certaines violations de la *Charte* de questions de compétence et d'autres pas. Lorsqu'il y a violation d'un droit garanti par la *Charte*, le par. 24(1) autorise le tribunal à accorder une réparation convenable. Cette disposition n'exclut pas toute autre participation du tribunal dans l'affaire ni ne précise la nature de la réparation. En fait, celle-ci variera selon les circonstances.

Quoique la requête de l'appelant ait visé notamment à l'obtention d'une réparation en vertu de la *Charte* autre qu'un bref de prérogative, l'appel fondé sur l'art. 719 du *Code criminel* ne pouvait porter que sur la partie de la requête qui demandait un bref de prérogative. En l'espèce, puisque le magistrat à l'enquête préliminaire n'était pas autorisé à accorder une réparation en vertu du par. 24(1), il n'a pas outrepassé sa compétence. Cela étant, la décision du juge de la cour supérieure de rejeter la demande de prohibition et de *certiorari* est maintenue et le pourvoi doit être rejeté.

Le juge La Forest: Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation du droit d'un inculpé «d'être jugé dans un délai raisonnable», le magistrat à l'enquête préliminaire n'est pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1)

able time" has been violated. The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is limited and there is no warrant in the *Charter* for extending it. He has also no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2). While this power seems similar to the magistrate's duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2).

There must be at all times a court of competent jurisdiction to provide and enforce a remedy when needed, and this remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. While the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant a remedy under s. 24(1), where such a court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction. This jurisdiction should only be exercised when it is necessary to give an appropriate remedy and where there is no other court in a position to do so. On a s. 24(1) application for a remedy against unreasonable delay, a superior court judge should generally confine his jurisdiction to attempting to prevent existing causes for delay and ongoing prejudice to an accused and should refrain from attempting to remedy past delays. The trial judge will be in a better position to deal with those delays when the case comes before him and to accord such remedies as can reasonably be afforded under criminal law jurisdiction.

From committal onwards, it is doubtful that one can rely on pre-trial motions to a judge other than a superior court judge to give effect to *Charter* remedies. The existing remedies by way of pre-trial motion are grounded in specific statutory powers. Superior court judges are the only judges with the inherent jurisdiction to grant other remedies.

The violation of an accused's right to be tried within a reasonable time neither gives rise to a jurisdictional issue nor necessarily results in a stay of proceedings. To categorize unreasonable delay as jurisdictional and to make a stay the only possible judicial response is inconsistent with the text of s. 24(1) which provides for such remedy as may be appropriate and just in the circum-

de la *Charte*. La portée de la tâche du magistrat à l'enquête préliminaire en vertu du *Code criminel* est restreinte et rien dans la *Charte* ne justifie son élargissement. De plus, il n'a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Bien que ce pouvoir d'exclusion paraisse assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l'admissibilité de la preuve, ce dont il s'agit en réalité est l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(2).

Il doit toujours y avoir un tribunal compétent pour accorder et pour appliquer une réparation si besoin est, et cette réparation doit, d'une manière générale, être accordée dans le contexte normal des procédures dans lesquelles la question prend naissance. Bien que ce soit normalement le tribunal de première instance qui ait compétence pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1), lorsque celui-ci n'a pas encore été déterminé au moment où une réparation est demandée ou qu'il ne convient pas de lui demander une réparation parce qu'il a lui-même contribué à porter atteinte à un droit constitutionnel, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente. Cette compétence ne doit être exercée que si cela s'avère nécessaire pour accorder une réparation convenable et qu'aucun autre tribunal ne soit en mesure de le faire. Un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1), visant à obtenir une réparation à cause d'un délai déraisonnable, doit en règle générale limiter l'exercice de sa compétence à des tentatives de supprimer les causes existantes de retard et de préjudice persistant envers l'inculpé et se garder d'essayer de remédier à des délais antérieurs. Le juge du procès, quand l'affaire parvient devant lui, sera mieux en mesure d'agir relativement à ces délais et d'accorder toute réparation pouvant raisonnablement l'être en vertu de la compétence en matière criminelle.

Il est douteux que l'on puisse, après le renvoi à procès, adresser à un juge autre qu'un juge d'une cour supérieure une requête préalable au procès visant à obtenir une réparation en vertu de la *Charte*. Les réparations existantes que l'on peut demander par voie de requête préalable reposent sur des pouvoirs particuliers découlant de la loi. Seuls les juges des cours supérieures possèdent la compétence inhérente pour accorder d'autres réparations.

La violation du droit d'un inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable ne soulève pas une question de compétence ni n'entraîne nécessairement la suspension des procédures. Qualifier un retard déraisonnable de question de compétence et faire de la suspension des procédures l'unique solution offerte aux tribunaux est incompatible avec les termes du par. 24(1) qui prévoit une

stances. In many cases, the most obvious remedy for delay would be to expedite the proceedings. The draconian remedy of a stay should be reserved for the more compelling cases.

In the case at bar, the superior court judge was the only court competent to grant a *Charter* remedy. Since neither the *Charter* nor the *Criminal Code* makes any provision for appeal for such an application, the matter should be returned to the preliminary hearing judge and the question of unreasonable delay should ultimately be dealt with by the trial judge if the accused is committed for trial.

Per Dickson C.J. and Lamer J., *dissenting*: A court of competent jurisdiction in an extant case is a court that has jurisdiction over the person and the subject matter, as well as jurisdiction to order, under the criminal or penal law, the remedy sought pursuant to the *Charter*. Generally, the court of competent jurisdiction is the trial court, and that court enjoys the full panoply of criminal law remedial powers. A judge presiding at a preliminary inquiry, therefore, is not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting a remedy under s. 24(1). He is, nevertheless, a court of competent jurisdiction to determine under s. 24(1) whether a violation has occurred for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). The sole purpose of a judge's conducting a preliminary hearing is to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. There is no reason why the power to exclude probative evidence for policy reasons cannot equally be exercised under s. 24(2) of the *Charter*.

An accused alleging a s. 11(b) violation must be heard, as soon as possible under s. 24(1), by a judge of the court where his trial is to be held. To ensure a prompt, just and effective remedy, the trial court should be ready to grant an appropriate remedy for a s. 11(b) violation as soon as the accused is entitled to it and falls within its jurisdiction. This can be done through a system of pre-trial hearings. The superior court, while it has concurrent original jurisdiction to hear a s. 24(1) application, will usually exercise its discretion to decline jurisdiction and leave the dispensation of *Charter* remedies to the normal trial process and its appeal system when there is a trial court competent to award just and appropriate relief. When a violation of s. 11(b) is complete at any stage prior to committal, the accused will

réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Bien souvent la réparation la plus évidente en cas de retard serait d'accélérer les procédures. Quant à la réparation draconienne qu'est la suspension des procédures, elle doit être réservée aux cas les plus criants.

En l'espèce, le juge de la cour supérieure était le seul tribunal ayant compétence pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*. Étant donné que ni la *Charte* ni le *Code criminel* ne prévoient de droit d'appel dans le cas d'une telle demande, l'affaire doit être renvoyée au juge chargé de l'enquête préliminaire et la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable doit en définitive être soumise au juge du procès si l'inculpé est renvoyé à son procès.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer, *dissidents*: Le tribunal compétent, lorsqu'il y a une affaire en cours, est celui qui a compétence *ratione personae* et *ratione materiae* pour ordonner, en vertu du droit criminel ou pénal, la réparation demandée en vertu de la *Charte*. En règle générale, c'est le tribunal de première instance qui est compétent et ce tribunal jouit de toute la panoplie des pouvoirs de réparation du droit criminel. Le juge qui préside une enquête préliminaire n'est donc pas un tribunal compétent pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il est néanmoins un tribunal compétent pour déterminer en vertu du par. 24(1) s'il y a eu une violation aux fins d'écarter des éléments de preuve aux termes du par. 24(2). Un juge tient une enquête préliminaire dans le seul but de déterminer s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour que l'inculpé soit renvoyé à son procès. Il n'y a aucune raison pour laquelle le pouvoir d'exclure des éléments de preuve probants pour des raisons de principe ne peut également s'exercer en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Un inculpé qui allègue une violation de l'al. 11b) doit être entendu aussitôt que possible en vertu du par. 24(1) par un juge du tribunal devant lequel son procès doit avoir lieu. Pour assurer une réparation prompte, juste et efficace, le tribunal de première instance doit être prêt à accorder une réparation convenable en cas de violation de l'al. 11b), et ce dès que l'inculpé y a droit et qu'il relève de la compétence dudit tribunal. Cela peut se faire au moyen d'un système d'auditions avant procès. Malgré sa compétence concurrente en première instance pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1), la cour supérieure exercera habituellement son pouvoir discrétionnaire en déclinant cette compétence et laissera l'attribution des réparations selon la *Charte* au mécanisme normal du procès et de l'appel chaque fois qu'un tribunal de première instance a compétence pour accorder une réparation juste et convenable. Lorsqu'une violation de l'al. 11b) a eu lieu à tout stade antérieur au

properly seek his remedy under s. 24(1) from the superior court.

The violation of an accused's right under s. 11(b) is jurisdictional in nature. A person charged must be tried within a reasonable time, beyond which, no court has jurisdiction to try that person. When, in an inferior court, a jurisdictional issue arises which also constitutes a *Charter* violation, a person may seek relief in the superior court through an application under s. 24(1), the prerogative writs, or both. Such an application is, for remedial purposes, to be considered an application under s. 24(1), and, for appeal purposes under s. 719 of the *Code*, to be considered an application for the issuance of a writ, and, upon such appeal, all remedies are open to review. This is an exception to the general rule that there is no appeal from an interlocutory decision in criminal matters except where the decision has the effect of terminating the proceedings, such as, for example, the entering of a stay of proceedings.

Section 11(b) of the *Charter* gives an accused the right to be tried within a reasonable time. The fundamental purpose of that section is to protect the rights set forth in s. 7. In the context of s. 11(b), however, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation. Section 11(b) is to limit the impact of various forms of prejudice to the accused—who is presumed innocent—by circumscribing the time period within which they may occur.

To determine whether an accused's right under s. 11(b) has been infringed, the court should adopt a reasonableness test which involves a balancing of the impairment of the accused's interests, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors: (1) waiver of time periods; (2) the time requirements inherent in the nature of the case and (3) the limitations to institutional resources.

The time frame to be considered in computing trial within a reasonable time only runs from the moment a person is charged. Prior to the charge, the individual is not normally subject to restraint and does not stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person protected by s. 11(b) are not normally placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual. Generally, a person is charged under s. 11(b), as of (a) the service of a summons or the

renvoi à procès, l'inculpé doit adresser sa demande de réparation fondée sur le par. 24(1) à la cour supérieure.

La violation du droit conféré à un accusé par l'al. 11b), de par sa nature, touche à la compétence. Un inculpé doit être jugé dans un délai raisonnable et, passé ce délai, aucun tribunal n'a compétence pour le juger. Lorsque, devant une juridiction de degré inférieur, on soulève une question de compétence qui constitue en même temps une violation de la *Charte*, un justiciable peut s'adresser à la cour supérieure en vertu du par. 24(1) ou des brefs de prérogative ou des deux. Une telle demande doit être considérée, aux fins de la réparation, comme une demande en vertu du par. 24(1) et, aux fins d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code*, comme une demande de bref et, en pareil cas, toutes les décisions sont susceptibles d'examen. Il s'agit d'une exception à la règle générale voulant qu'il n'y ait pas d'appel d'un jugement interlocutoire en matière criminelle à moins que la décision n'ait pour effet de mettre fin à l'instance, comme par exemple, en cas de l'inscription d'une suspension d'instance.

L'alinéa 11b) de la *Charte* confère au prévenu le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'objet fondamental de cette disposition est d'assurer la protection des droits énoncés à l'art. 7. Dans le contexte de l'al. 11b), toutefois, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. La vocation de l'al. 11b) consiste à limiter l'effet des différentes formes de préjudice envers l'accusé, qui est présumé innocent, en délimitant la période où elles peuvent se produire.

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit conféré à l'inculpé par l'al. 11b), le tribunal doit adopter un critère du caractère raisonnable qui implique un équilibre de l'atteinte aux droits de l'accusé, qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles.

Le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable, ne court que du moment de l'inculpation. Normalement, avant l'inculpation, la liberté n'est pas restreinte et l'individu n'est pas considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Ainsi ces aspects de la liberté et la sécurité de la personne protégés par l'al. 11b) ne sont pas normalement menacés avant que n'ait été intentée une procédure judiciaire contre l'individu. D'une manière générale, une personne est inculpée aux fins de

execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*; or (b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or (c) the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b). Finally, the reasonableness test will remain essentially the same for both pre-*Charter* and post-*Charter* delay.

Section 24 remedies apply to contraventions of *Charter* rights taking place in a proceeding being carried on after the *Charter's* proclamation, even though that proceeding was instituted before its enactment.

Where, on balancing the various factors, a court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. Such remedy is a minimum to which others may be added. In the case at bar, the ten month period of inaction due to negligence on the part of the Crown renders the overall period to bring this man to trial unreasonable. The proceedings before the trial judge should be stayed.

Per Wilson J., dissenting: When a violation of s. 11(b) is alleged, the accused must demonstrate that he has suffered an impairment of his liberty and security interests, not as a result of the Crown's having charged him, but as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time. The point at which the delay becomes unreasonable and unconstitutional is the point at which the accused's right under s. 11(b) is violated. All that precedes that point must be accepted as inherent in the nature of the process.

Although the accused's right to a fair trial is protected by s. 11(d) of the *Charter*, one of the relevant considerations in deciding whether or not a delay is unreasonable under s. 11(b) is whether the accused's ability to make full answer and defence to the charge has been impaired by it. The right to make full answer and defence is a cornerstone of the justice system and a delay which has the effect of eroding it cannot be considered reasonable. Hence this may provide an alternate basis of violation under s. 11(b).

Cases Cited

By McIntyre J.

R. v. Morgentaler (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523,

l'al. 11b), a) dès la signification d'une sommation ou l'exécution d'un mandat par suite d'une dénonciation faite en vertu de l'art. 455.3 du *Code criminel*; ou b) dès la délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou la mise en liberté conformément aux art. 452 ou 453 du *Code*; ou c) dès l'arrestation pour le cas des prévenus non visés en a) ou b). Finalement, le critère du caractère raisonnable demeurera essentiellement le même, qu'il s'agisse d'un délai antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Les réparations prévues par l'art. 24 sont applicables en cas de contraventions aux droits garantis par la *Charte* ayant lieu au cours de procédures postérieures à la proclamation de la *Charte*, même si ces dernières ont été intentées avant son entrée en vigueur.

Lorsque, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a été enfreint, la réparation appropriée sera la suspension d'instance. Cette réparation représente un minimum auquel d'autres formes de réparation peuvent être ajoutées. En l'espèce, la période de dix mois d'inactivité imputable à la négligence de la poursuite rend déraisonnable le délai total pour juger l'inculpé. Il y a lieu d'ordonner la suspension des procédures devant le juge du procès.

Le juge Wilson, dissidente: Lorsqu'un inculpé allègue une violation de l'al. 11b), il doit établir une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité occasionnée non pas parce que le ministère public l'a inculpé, mais parce qu'il ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable. Un délai ne devient déraisonnable et inconstitutionnel qu'au moment où il y a violation du droit conféré à l'inculpé par l'al. 11b). Tout ce qui se passe antérieurement doit être accepté comme inhérent à la nature du processus.

Bien que le droit d'un inculpé à un procès équitable soit protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, en décidant si un délai est raisonnable ou déraisonnable aux fins de l'al. 11b), on doit se demander entre autres si ce délai a nui à la capacité de l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Le droit de présenter une réponse et une défense complètes est une pierre angulaire du système de justice et un délai qui tend à miner ce droit ne peut être tenu pour raisonnable. Partant, ceci peut offrir un autre fondement à une violation en vertu de l'al. 11b).

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts examinés: *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984),

considered; *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206; *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n, referred to.

By La Forest J.

Ashby v. White (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *R. v. Richardson* (1984), 56 N.B.R. (2d) 172; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), referred to.

By Lamer J. (dissenting)

Re Siegel and The Queen (1982), 1 C.C.C. (3d) 253; *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19 (Ont. H.C.), aff'd (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (Ont. C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, aff'g (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (Alta. C.A.); *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523; *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97; *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440; *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395; *Re Bank of Nova Scotia* (1983), 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577; *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.) rev'g (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (N.S.C.); *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152; *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123; *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193; *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506; *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529; *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404; *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375; *Re Regina and*

12 C.C.C. (3d) 523; arrêts mentionnés: *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223; *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n.

a

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *R. v. Richardson* (1984), 56 R.N.-B. (2d) 172; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

b

Citée par le juge Lamer (dissident)

c

Re Siegel and The Queen (1982), 1 C.C.C. (3d) 253; *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19 (H.C. Ont.), confirmé (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (C.A. Ont.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, confirmant (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (C.A. Alb.); *Procureur général du Québec c. Quebec Association of*

d

Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d)

e

557; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190; *R. v. Crate*

f

(1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523; *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97; *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and*

g

The Queen (1983), 6 C.C.C. (3d) 440; *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395; *Re Bank of Nova Scotia* (1983), 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577; *R. v. Red Hot Video*

h

Ltd. (1983), 6 C.C.C. (3d) 331; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.) infirmant (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (C.S.N.-É.); *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152; *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C.

i

(2d) 123; *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193; *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506; *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529; *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404;

j

Re Conroy and The Queen (1983), 5 C.C.C. (3d) 501; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375; *Re Regina and*

- Henry* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404; *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81; *Re Pattison and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264; *R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170; *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Baker* (1983), 10 W.C.B. 10; *Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296; *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213; *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185; *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Coleman* (1982), 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer* (1982), 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia* (1982), 10 W.C.B. 451; *R. v. Vermette* (No. 4) (1982), 1 C.C.C. (3d) 477; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512; *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422; *Southern Pacific Co. v. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97; *Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, aff'd (1975), 25 C.C.C. (2d) 555; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962); *Eur. Court H. R., Wemhoff case*, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7; *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851); *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.), aff'd 350 U.S. 857 (1955); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329; *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332; *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1; and *Henry* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404; *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81; *Re Pattison and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264; *R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170; *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Baker* (1983), 10 W.C.B. 10; *Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296; *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213; *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185; *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Coleman* (1982), 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer* (1982), 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia* (1982), 10 W.C.B. 451; *R. v. Vermette*, [1982] C.S. 1006; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512; *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Antares Shipping Corp. c. Le Navire "Capricorn"*, [1977] 2 R.C.S. 422; *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97; *Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, confirmant (1975), 25 C.C.C. (2d) 555; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309; *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962); *Cour eur. D. H., affaire Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7; *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851); *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.), confirmé 350 U.S. 857 (1955); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329; *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332; *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1;

Attorney General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; Eur. Court H. R., *Deweere* case, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35; *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973).

Statutes and Regulations Cited

California Penal Code § 1382 (West 1985).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(b), (d), (e), (h), 24, 26.
Colorado Criminal Code, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 2 "court of criminal jurisdiction", "superior court of criminal jurisdiction", 363, 426, 451, 452, 453, 455.3, 457.7, 459, 465, 468, 475, 510, 516, 520(3), 529, 602, 603, 618, 619, 620, 719, 720 "summary conviction court", 732, 732.1.
Criminal Code, 18 U.S.C. § 3161 (c)(1) (1982).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), art. 5(3).
Illinois Code of Criminal Procedure, Ill. Ann. Stat. ch. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980).
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 2(3), 9(3).
Michigan Code of Criminal Procedure, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985).
Pennsylvania Rules of Criminal Procedure, Rule 1100(a)(2), 42 Pa. Cons. Stat. Ann. (Purdon 1985).
South Carolina Code of Criminal Procedure, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 8.

Authors Cited

Amsterdam, A. G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies," 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975).
 Dicey, A. V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co., 1959.
 Ewaschuk, E. G. "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54.
 Garton G. "Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time" (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Gold, A. D. *Annual Review of Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
 Hogg, P. W. *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswells, 1982.
 Levy, J. C. "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523.

Attorney General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; Cour eur. D. H., affaire *Deweere*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35; *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973).

Lois et règlements cités

California Penal Code § 1382 (West 1985).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11(b), (d), (e), (h), 24, 26.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 2 «cour de juridiction criminelle», «cour supérieure de juridiction criminelle», 363, 426, 451, 452, 453, 455.3, 457.7, 459, 465, 468, 475, 510, 516, 520(3), 529, 602, 603, 618, 619, 620, 719, 720 «cour des poursuites sommaires», 732, 732.1.
Colorado Criminal Code, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973).
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 5(3).
Criminal Code, 18 U.S.C. § 3161 (c)(1) (1982).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 8.
Illinois Code of Criminal Procedure, Ill. Ann. Stat. chap. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980).
Michigan Code of Criminal Procedure, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 2(3), 9(3).
Pennsylvania Rules of Criminal Procedure, Règle 1100(a)(2), 42 Pa. Cons. Stat. Ann. (Purdon 1985).
South Carolina Code of Criminal Procedure, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985).

Doctrine citée

Amsterdam, A. G. «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975).
 Dicey, A. V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co., 1959.
 Ewaschuk, E. G. «The Charter: An Overview and Remedies» (1982), 26 C.R. (3d) 54.
 Garton G. «Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time» (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Gold, A. D. *Annual Review of Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
 Hogg, P. W. *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswells, 1982.
 Levy, J. C. «The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations» (1983), 13 *Man. L.J.* 523.

Manning, M. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1983.

Note. "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965).

Richards J. G. and G. J. Smith. "Applying the Charter" (1983), 4 *Advocates' Q.* 129.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1984.

Uviller, H. R. "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972).

Manning, M. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1983.

Note. "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965).

^a Richards J. G. and G. J. Smith. "Applying the Charter" (1983), 4 *Advocates' Q.* 129.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1984.

^b Uviller, H. R. "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 7 C.C.C. (3d) 573, 6 C.R.R. 88, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631, dismissing appellant's appeal from a judgment of Osborne J. (1983), 2 C.C.C. (3d) 444, 3 C.R.R. 63, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, dismissing appellant's applications for a stay of proceedings. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer and Wilson J.J. dissenting.

Julius Melnitzer and D. Fletcher Dawson, for the appellant.

David H. Doherty, Q.C., and *M. S. T. Wine*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by ^f

LAMER J. (*dissenting*)—One should be forewarned that the facts in this case are intricate and, to some extent, uncertain; that the proceedings are multiple and the fact that they vary from one level of court to the other further complicates matters; that these difficulties are compounded by the fact that we are addressing the insertion into the common law system of remedies and courts of a new system of rights and remedies hitherto foreign to the common law approach.

At his preliminary inquiry, the accused-appellant brought a motion to stay the proceedings, alleging abuse of process under the common law and a violation of his rights under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, specifically, that he had been denied his right to be tried within a reasonable time.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 7 C.C.C. (3d) 573, 6 C.R.R. 88, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant d'un jugement du juge Osborne (1983), 2 C.C.C. (3d) 444, 3 C.R.R. 63, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, qui avait débouté l'appellant de ses demandes de suspension des procédures. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson sont dissidents.

Julius Melnitzer et D. Fletcher Dawson, pour l'appellant. ^e

David H. Doherty, c.r., et *M. S. T. Wine*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par ^f

LE JUGE LAMER (*dissident*)—Il faut commencer par dire que les faits en l'espèce sont complexes et dans une certaine mesure incertains; que les procédures intentées sont multiples et que le fait qu'elles varient d'un degré de juridiction à l'autre complique encore les choses; qu'à ces difficultés s'ajoute le fait que nous examinons une insertion, dans les voies de recours et dans l'organisation judiciaire de la *common law*, d'un nouveau régime de droits et voies de recours jusqu'à maintenant étrangers à la démarche de cette dernière.

ⁱ À son enquête préliminaire, l'accusé-appellant a présenté une requête pour suspendre l'instance, alléguant abus des voies de droit en *common law* et violation de ses droits aux termes de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, plus précisément, négation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. ^j

The appellant's motion was denied and his challenges of that decision were unsuccessful. The appellant was granted leave to appeal to this Court at large and suggests that the issues in this case are as follows:

- I Is a judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights?
- II Is a judge of the Supreme Court of Ontario a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights?
- III Assuming that a judge presiding at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction, is the decision of the inferior court susceptible to review either by prerogative writ or by independent application to a superior court pursuant to section 24(1) of the *Charter*?
- IV Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time as guaranteed by section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been violated?

The first three issues raise basic procedural questions concerning the mechanisms for obtaining *Charter* relief, review and appeal of determinations under s. 24(1) of the *Charter*. They will, in fact, determine which of the appellant's applications are properly before this Court and whether we have jurisdiction to consider the substantive question asked of us by issue no. 4.

As I will be addressing issue no. 4 in the latter part of this opinion, a narrative of the facts and an analysis of the judgments below as they relate to the question of whether the appellant's rights have been violated will be made at that time.

The Facts Relevant to the Jurisdictional Issues

On March 30, 1977, an information was sworn in London, Ontario, charging the appellant with an armed robbery allegedly committed six days

La requête de l'appellant a été rejetée de même que ses contestations de cette décision. Il a obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant cette Cour; il fait valoir que les points en litige sont les suivants:

[TRADUCTION]

- I Le juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)?
- II Un juge de la cour suprême de l'Ontario constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une requête introductive d'instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)?
- III Présument que le juge qui préside à une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent, la décision de cette juridiction de degré inférieur peut-elle être contrôlée, soit par bref de prerogative, soit par action directe devant une cour supérieure, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*?
- IV La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle conclu à tort que le droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas été violé?

Les trois premiers points soulèvent des questions fondamentales de procédure concernant les mécanismes d'exercice d'un recours en vertu de la *Charte*, d'examen judiciaire et d'appel des décisions fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*. Ils détermineront en fait quelles sont les demandes de l'appelant dont cette Cour est à bon droit saisie et si nous avons compétence pour entendre la question de fond que nous pose le quatrième point.

Comme je ne traiterai du quatrième point que dans la dernière partie de mes motifs, j'exposerai les faits et analyserai les jugements des tribunaux inférieurs en ce qui concerne la question d'une éventuelle violation des droits de l'appelant à ce moment-là.

Les faits pertinents en matière de compétence

Le 30 mars 1977, une dénonciation était faite sous serment à London (Ontario) inculquant l'appelant d'un vol à main armée prétendument commis

earlier. The appellant's first appearance in court with respect to that information was on September 25, 1981. He elected trial by judge and jury and the preliminary inquiry commenced on May 18, 1982, before His Honour Judge Baker of the Ontario Provincial Court (Criminal Division). Reasons for judgment were delivered orally on July 16, 1982, now reported at 2 C.R.R. 300. The *Charter* had come into force on April 17, 1982.

At the outset of his preliminary inquiry Mills presented a motion to Judge Baker seeking a stay of proceedings for abuse of process under the common law and for violation of his rights under s. 11(b) of the *Charter*. Section 11(b) states:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Both grounds failed and the motion was denied.

With respect to the claim based on abuse of process, Judge Baker found that a "Provincial Judge lacked jurisdiction at the preliminary hearing stage to stay the proceedings for abuse of process" (p. 306). Notwithstanding that finding, he dealt with the common law application and found that, absent evidence "of wilful misconduct or oblique motives . . . or of any *intention* to prejudice, harass or to submit this accused to oppressive treatment" (p. 308), there could be no abuse of process and accordingly dismissed the application grounded on the common law.

Dealing with the application under the *Charter*, he found that, under s. 24 of the *Charter*, a provincial court judge presiding at a preliminary inquiry is a "court of competent jurisdiction to deal with this matter" (p. 308). Section 24 provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de nég-

six jours auparavant. La première comparution de l'appelant devant un tribunal au sujet de cette dénonciation remonte au 25 septembre 1981. Il a choisi d'être jugé par un juge et un jury et l'enquête préliminaire débuta le 18 mai 1982 devant le juge Baker de la Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle). Les motifs de jugement ont été prononcés à l'audience le 16 juillet 1982 et publiés à 2 C.R.R. 300. La *Charte* est entrée en vigueur le 17 avril 1982.

Au début de l'enquête préliminaire, Mills a présenté une requête devant le juge Baker pour obtenir une suspension d'instance pour abus des voies de droit en vertu de la *common law* et pour violation de ses droits aux termes de l'al. 11(b) de la *Charte*. L'alinéa 11(b) dispose:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Il fut débouté sur les deux moyens et la requête a été rejetée.

Sur la conclusion d'abus des voies de droit, le juge Baker a jugé qu'un [TRADUCTION] «juge de cour provinciale ne détenait pas la compétence, au stade de l'enquête préliminaire, pour mettre fin à l'instance en raison d'un abus des voies de droit» (p. 306). Malgré cette décision, il s'est prononcé sur le moyen fondé sur la *common law* jugeant qu'en l'absence de preuve [TRADUCTION] «de comportement répréhensible voulu ou d'arrière-pensées . . . ou de quelque *intention* de causer un préjudice, de harceler ou d'infliger à l'inculpé un traitement oppressif» (p. 308), il ne pouvait y avoir abus des voies de droit et en conséquence, il a rejeté le moyen fondé sur la *common law*.

Quant au moyen fondé sur la *Charte*, il a jugé qu'en vertu de son art. 24 un juge de cour provinciale présidant une enquête préliminaire était un [TRADUCTION] «tribunal compétent pour entendre cette affaire» (p. 308). L'article 24 porte:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de nég-

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.

(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.

The application was then dismissed, the only ground stated being that s. 24 had only a prospective effect.

The appellant moved to challenge that ruling in the Ontario Supreme Court, invoking both its original and supervisory jurisdictions. The appellant's motions in that Court failed (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, as did his appeal in the Ontario Court of Appeal (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

From a scrutiny of the proceedings and of the judgments below, my understanding of the events that took place subsequent to Judge Baker's decision is as follows:

Mills applied to the Supreme Court of Ontario's motions court in two capacities:

- 1—As a Superior Court of general jurisdiction with an application for a remedy under the *Charter* in a case being processed in a lower court;
- 2—As a Superior Court in its supervisory capacity over decisions of inferior courts through the prerogative writs (*certiorari* and prohibition), alleging that Judge Baker had committed a jurisdictional error by:

tion 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.

(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.

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.

(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.

Le moyen fut alors rejeté; le seul motif donné fut que l'art. 24 n'avait effet que pour l'avenir.

L'appellant a contesté par requête cette décision en Cour suprême de l'Ontario invoquant sa plénitude de juridiction et sa compétence de surveillance. L'appelant fut débouté devant ce tribunal (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, comme il le fut de son appel en Cour d'appel de l'Ontario (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

De l'examen des procédures intentées devant les juridictions inférieures et des jugements rendus par elles, je conclus que les événements ultérieurs à la décision du juge Baker sont les suivants:

Mills s'est adressé à la cour des requêtes de la Cour suprême de l'Ontario à deux titres:

- 1—en tant que cour supérieure de compétence générale, par une demande de réparation fondée sur la *Charte* dans une espèce dont était saisie une juridiction de degré inférieur;
- 2—en tant que cour supérieure, au titre de sa compétence de contrôle des décisions des juridictions de degré inférieur par la voie des brefs de prérogative (*certiorari* et prohibition), alléguant que le juge Baker avait commis une erreur de compétence:

(a) his disposition of the motion to stay under the common law for abuse of process: first, by finding that he did not have jurisdiction to stay proceedings for abuse of process; second, by finding that, in any event, there had been no abuse of process, and,

(b) finding no violation of the accused's *Charter* rights under s. 11(b) on the grounds that s. 24 did not apply to a pre-*Charter* charge.

In his judgment, Osborne J. commented on the nature of the proceedings and summarized the applicant's position as follows ((1983), 2 C.C.C. (3d) 444, at p. 450):

The applicant's position, as carefully and fully outlined by Mr. Melnitzer [Mr. Melnitzer is the appellant's Attorney], is that in the face of a violation of a *Charter* right to trial within a reasonable time, the provincial court judge has lost jurisdiction over the accused in such a way as to entitle the accused to the relief sought before me. Mr. Melnitzer distinguished this route to jurisdiction from a simple appeal from Judge Baker's decision on the *Charter* issue.

Osborne J. then referred with approval to the Supreme Court of Ontario judgments by O'Driscoll J. in *Re Siegel and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 253, and of Eberle J. in *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19, appeal to Ontario Court of Appeal was since dismissed: (1983), 2 C.C.C. (3d) 383. These cases were concerned with applications under s. 24(2) of the *Charter* to exclude evidence. In Osborne J.'s view, those judgments, and more particularly O'Driscoll J.'s decision in *Siegel, supra*, held that "on an application under s. 24 to exclude evidence a 'court of competent jurisdiction' refers to either the trial judge or the judge sitting at the preliminary hearing".

Of the motions, he said, at p. 451:

It is therefore difficult to see how a judge in motions court can have jurisdiction to entertain a motion such as

a) lorsqu'il a statué sur la requête en suspension d'instance selon la *common law* pour abus des voies de droit: premièrement, en jugeant qu'il n'avait pas la compétence de suspendre une instance pour abus des voies de droit; deuxièmement, en jugeant que, de toute façon, il n'y avait pas eu abus des voies de droit,

b) et qu'il a constaté aucune violation des droits de l'inculpé aux termes de l'al. 11b) de la *Charte*, au motif que l'art. 24 ne s'appliquait pas à une inculpation antérieure à la *Charte*.

Dans son jugement, le juge Osborne a commenté la nature de l'affaire et résumé la position du requérant comme suit ((1983), 2 C.C.C. (3d) 444, à la p. 450):

[TRADUCTION] La position du requérant, comme l'a soigneusement et exhaustivement exposée M^e Melnitzer [M^e Melnitzer est l'avocat de l'appellant], est que, saisi d'une violation du droit d'être jugé en vertu de la *Charte* dans un délai raisonnable, le juge de la cour provinciale perd sa compétence sur la personne de l'inculpé, de telle sorte que l'inculpé a le droit d'exercer le recours auquel il conclut devant moi. M^e Melnitzer a distingué le cours suivi par une procédure relative à la compétence du simple appel de la décision du juge Baker concernant la *Charte*.

Le juge Osborne s'est alors référé, en les approuvant, aux jugements de la Cour suprême de l'Ontario du juge O'Driscoll dans l'affaire *Re Siegel and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 253 et du juge Eberle dans l'affaire *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19, appel à la Cour d'appel de l'Ontario rejeté depuis: (1983), 2 C.C.C. (3d) 383. Ces affaires portaient sur des demandes fondées sur le par. 24(2) de la *Charte* visant à écarter certaines preuves. Selon le juge Osborne, ces jugements, et plus particulièrement la décision du juge O'Driscoll dans l'affaire *Siegel*, précitée, ont établi que [TRADUCTION] «sur demande fondée sur l'art. 24 d'écarter certaines preuves, le «tribunal compétent» signifie soit le juge de première instance, soit le juge siégeant à l'enquête préliminaire».

Au sujet des requêtes, il dit à la p. 451:

[TRADUCTION] Il est donc difficile de voir comment un juge de la cour des requêtes pourrait détenir la compé-

this, unless the application can reasonably be characterized as being in the nature of an application for a prerogative writ. This application can be so characterized, at least in so far as the Charter issue it raises is concerned. It is not an appeal from Judge Baker's abuse of process and Charter decision. In most cases applications for Charter relief, under s. 24, arising out of alleged violations of Charter rights should be heard by the trial judge or the judge presiding at the preliminary inquiry.

He then exercised his supervisory jurisdiction and considered whether prerogative writs should issue.

As regards the *Charter* application, he agreed with the provincial court judge that when such a judge is sitting at a preliminary inquiry, he is a court of competent jurisdiction to deal with an application under s. 24(1) for a remedy, subsequent to a violation of an accused's right under s. 11(b). He also agreed, though only in the result, with the finding that there had been no violation. I should mention that, while both judges found a preliminary inquiry judge to be "a court of competent jurisdiction" under s. 24, no mention was made by either judge as to any limits as regards the remedies such preliminary inquiry judges could give the accused under the *Charter*, including whether a stay could be entered by such a judge.

When considering the disposition by Judge Baker of the common law application, Osborne J. found that Judge Baker had erred as regards his own jurisdiction and said, at p. 461, "that a provincial court judge does have jurisdiction to deal with abuse of process even while presiding over a preliminary inquiry", but agreed with him that there in fact had not been an abuse of process. "The delay attributable to the authorities", he said, "is the product of negligence not vexatiousness". Osborne J. did not say whether a stay was part of the arsenal of a provincial court judge sitting at a preliminary inquiry, or whether the judge was limited to discharging the accused. Also, in passing, it is not clear whether Osborne J. was of the view that a justice of the peace holding a

tence d'entendre une requête comme celle-ci à moins qu'on puisse raisonnablement qualifier la demande comme tenant d'un bref de prérogative. Cette demande peut être ainsi qualifiée au moins en ce qui concerne le point relatif à la Charte qu'elle soulève. Ce n'est pas un appel de la décision du juge Baker sur l'abus des voies de droit et sur la Charte. Dans la plupart des cas, les demandes de réparation en vertu de la Charte fondées sur l'art. 24, pour cause de violation des droits conférés par la Charte devraient être entendues par le juge de première instance ou le juge présidant l'enquête préliminaire.

Exerçant alors sa compétence de contrôle, il rechercha s'il n'y avait pas lieu à brefs de prérogative.

Quant au moyen fondé sur la *Charte*, il a convenu, avec le juge de la cour provinciale, que lorsqu'un tel juge siège à une enquête préliminaire, il constitue un tribunal compétent pour entendre une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) par suite d'une violation d'un droit de l'inculpé aux termes de l'al. 11(b). Il a reconnu aussi, mais non pour les mêmes motifs, qu'il n'y avait eu aucune violation. Je me dois de signaler que, si les deux juges ont dit qu'un juge menant l'enquête préliminaire constituait «un tribunal compétent» aux termes de l'art. 24, ni l'un ni l'autre n'a parlé d'une restriction quelconque en ce qui concerne les réparations que les juges à l'enquête préliminaire peuvent accorder à l'inculpé en vertu de la *Charte*, y compris si un tel juge pouvait suspendre l'instance.

Lorsqu'il traita du rejet par le juge Baker de la demande fondée sur la *common law*, le juge Osborne a estimé que le juge Baker avait mal apprécié sa compétence à cet égard, et dit, à la p. 461, [TRADUCTION] «qu'un juge d'une cour provinciale est effectivement compétent pour juger un abus des voies de droit, même quand il préside une enquête préliminaire», tout en convenant avec lui qu'il n'y avait effectivement pas eu d'abus des voies de droit. [TRADUCTION] «Le retard attribuable aux autorités», a-t-il dit, «est le résultat de la négligence; il n'est pas vexatoire». Le juge Osborne n'a pas dit si l'arsenal des moyens à la disposition d'un juge de la cour provinciale siégeant à une enquête préliminaire comportait la suspension d'instance ou si le juge devait se borner à libérer

preliminary inquiry, under Part XV of the *Criminal Code*, enjoys the same jurisdiction as a provincial court judge acting in the same capacity.

It is clear that Osborne J. was of the view that a supreme court justice sitting in motions court does not have an original jurisdiction under s. 24 when the matter is pending before an inferior court. It can at best be inferred that, due to his failure to refer the matter to another chamber of the Supreme Court of Ontario, he was equally of the view that no chamber of the Supreme Court has, under s. 24, any jurisdiction when the matter is before another court. As a result of Osborne J.'s comments and review of Judge Baker's findings as regards s. 11(b) and s. 24(1) of the *Charter* through the prerogative writ application, one can with certainty conclude that he considered a finding under s. 24(1), at least one in relation to s. 11(b), as reviewable under the prerogative writs. One cannot ascertain, at least not with any certainty, whether his assumption of jurisdiction through such writs was the result of his characterization of *Charter* violations and/or of decisions in relation to such violations as going to jurisdiction, or only to some, one of which being a violation of s. 11(b). However, one can fairly assume that, had he intended to enlarge the availability of such writs to non-jurisdictional matters, he would have said so expressly.

The matter was then appealed to the Court of Appeal under s. 719 of the *Code* which authorizes the taking of an appeal in *certiorari* and prohibition. It would be inaccurate to say that the appellant did not appeal the s. 24 issue. He only made one application to Osborne J. and he appealed Osborne J.'s disposition of that application. However, the s. 719 conduit is narrow and, prior to the *Charter*, has only allowed the courts of appeal to respond in *certiorari* or prohibition, and within the traditional remedial powers granted under those writs. The question therefore immediately arises, and was, though somewhat differently raised by

l'inculpé. Aussi, en passant, il n'est pas certain que le juge Osborne ait été d'avis qu'un juge de paix procédant à une enquête préliminaire en vertu de la Partie XV du *Code criminel* détienne la même compétence qu'un juge d'une cour provinciale agissant en la même capacité.

Il est clair que le juge Osborne était d'avis qu'un juge de la Cour suprême siégeant en cour des requêtes n'a pas plénitude de juridiction en vertu de l'art. 24 lorsque l'affaire est pendante devant une juridiction inférieure. On peut au mieux en déduire que, comme l'affaire n'a pas été renvoyée à un autre juge de la Cour suprême de l'Ontario, il était également d'avis qu'aucun juge de la Cour suprême n'était, en vertu de l'art. 24, compétent alors qu'une autre juridiction était saisie de l'affaire. Il découle des commentaires du juge Osborne et de son examen des conclusions du juge Baker en ce qui concerne l'al. 11b) et le par. 24(1) de la *Charte*, par la voie d'une demande de bref de prérogative, que l'on peut avec certitude conclure qu'il estimait qu'une conclusion fondée sur le par. 24(1), du moins par rapport à l'al. 11b), pouvait être examinée au moyen des brefs de prérogative. On ne peut établir, du moins pas avec certitude, s'il a assumé sa compétence par le recours à ses brefs parce qu'il a qualifié les violations de la *Charte* ou les décisions sur ces violations, ou les deux, comme étant une question de compétence ou comme étant partiellement telle, l'une d'elles étant la violation de l'al. 11b). Toutefois on peut raisonnablement présumer que, s'il avait voulu étendre le recours à ces brefs à des questions autres que de compétence, il l'aurait dit expressément.

L'affaire a alors été portée en appel devant la Cour d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code* qui autorise les appels en matière de *certiorari* et de prohibition. Il serait inexact de dire que l'appelant n'a pas porté la question de l'art. 24 en appel. Il n'avait soumis qu'une seule demande au juge Osborne et a interjeté appel de la décision du juge Osborne à cet égard. Le moyen offert par l'art. 719 est toutefois limité et, avant la *Charte*, il ne permettait aux cours d'appel que de connaître du *certiorari* et de la prohibition et dans le cadre des pouvoirs traditionnels de redressement accordés par ces brefs. La question qui se pose donc immé-

the respondent, as to whether by seeking prohibition and then appealing the refusal, the appellant is able to argue in the Court of Appeal and in this Court all matters raised in the application for prohibition in the first instance and then have access to the full panoply of remedial powers granted to a judge under s. 24.

I would answer that question in the affirmative for reasons I will be giving later on supporting the following conclusions. I find that some violations of the *Charter* go to the jurisdiction of the court in which the case is extant and that a violation of s. 11(b) is one of them. Indeed if time has elapsed to the point beyond which no trial could be held within a reasonable time, as of then the courts have lost jurisdiction over the accused because the trial process must come to an end. I also find, for reasons elaborated upon later on, that if an application is made to a superior court judge alleging a "jurisdictional" violation, as is a violation to s. 11(b), whatever be the vehicle chosen, that application is, for remedial purposes, an application under s. 24, and, for appeal purposes, an application for the issuance of a writ.

For these reasons I am of the view that the four issues referred to by the appellant are properly before us. Because the remedial powers flowing traditionally from *certiorari* and prohibition would in this case be sufficient, we could, I suppose, take a very narrow approach and restrict our findings to whether Osborne J. should have found a violation and, upon finding that the preliminary inquiry could not continue for loss of jurisdiction, then issue a writ. While this would be sufficient to dispose of Mills' case it would leave unanswered fundamental questions that we have been asked to address (the Crown-respondent's factum is one indication, as are comments by counsel before this Court in subsequent *Charter* appeals) such as, whether a judge at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction under of s. 24 of the *Charter*, to give but one example.

diatement, et qui a été soulevée par l'intimée, quoique de façon un peu différente, est celle de savoir si, en demandant la prohibition et en interjetant appel du refus, l'appellant peut faire valoir en Cour d'appel et devant cette Cour toutes les questions soulevées par la demande de prohibition en première instance et ensuite avoir accès à l'entière panoplie des pouvoirs de redressement accordés au juge par l'art. 24.

Je répondrais à cette question par l'affirmative pour les motifs que je donnerai plus loin pour appuyer les conclusions suivantes. Je conclus que certaines violations de la *Charte* touchent à la compétence de la cour saisie de l'affaire et la violation de l'al. 11b) entre dans cette catégorie. De fait, si le temps écoulé est tel qu'aucun procès ne peut être tenu dans un délai raisonnable, les tribunaux perdent dès lors leur compétence sur l'accusé parce que le processus judiciaire doit s'arrêter. Je conclus également, pour les motifs que je développerai plus loin, que si une demande présentée à un juge de cour supérieure allègue une violation de la «compétence», telle une violation de l'al. 11b), quel que soit le moyen choisi, cette demande est, aux fins de la réparation, une demande en vertu de l'art. 24 et, aux fins de l'appel, une demande de bref.

Pour ces motifs, je suis d'avis que les quatre points soulevés par l'appellant sont à bon droit devant nous. Puisque les pouvoirs de réparation qui découlent traditionnellement du *certiorari* et de la prohibition seraient suffisants en l'espèce, nous pourrions, je suppose, opter pour une démarche très étroite et limiter nos conclusions à la question de savoir si le juge Osborne aurait dû conclure à une violation et, après avoir conclu que l'enquête préliminaire ne pouvait pas continuer à cause de la perte de compétence, délivrer alors un bref. Ceci suffirait à régler le cas de Mills, mais laisserait sans réponse des questions fondamentales qu'on nous a demandé d'examiner (le mémoire de Sa Majesté-intimée est une indication, tout comme les commentaires des avocats devant cette Cour dans des affaires postérieures en matière de *Charte*), telle celle de savoir si un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent en vertu de l'art. 24 de la *Charte* pour ne citer qu'un exemple.

The determination of whether a provincial court judge presiding over a preliminary inquiry is a court of competent jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) and of the scope of his or her arsenal of remedies cannot be made in a vacuum, but must be made with regard to the other phases of the process, to the other courts and also, to a certain extent, to the desirability and availability of review and appeal.

Court of Competent Jurisdiction: s. 24(1)

General Principles

Since s. 24(1) is silent as to what is a court of competent jurisdiction, it has been left to the judiciary to determine what is the desirable adjudicative forum.

"Court of competent jurisdiction" is not defined in the *Charter*. Yet its interpretation is central to the scope and effectiveness of s. 24. In determining the meaning of that term, the purpose of the section, which, in my view, is succinctly expressed in the marginal note, must be ever present: the "enforcement of guaranteed rights and freedoms". It is that purpose, the provision of an enforcement mechanism, which above all else ensures that the *Charter* will be a vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians.

Section 24(1) establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of *Charter* rights. This is consistent with Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948)) and with Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966)).

Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* states:

Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.

Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* states:

On ne peut décider dans le vide si un juge de cour provinciale présidant une enquête préliminaire est un tribunal compétent, à même d'accorder réparation aux termes du par. 24(1), ni déterminer la portée de l'arsenal des moyens à sa disposition; il faut tenir compte des autres phases du processus, des autres juridictions et aussi, dans une certaine mesure, de l'opportunité et de l'existence de l'examen judiciaire et de l'appel.

Le tribunal compétent: par. 24(1)

Principes généraux

Le silence du par. 24(1) sur ce qu'est un tribunal compétent laisse au pouvoir judiciaire le soin de déterminer quel est le for désirable.

La *Charte* ne définit pas l'expression «tribunal compétent». Pourtant l'interprétation de cette expression est au cœur de la portée de l'art. 24 et de son efficacité. En décidant du sens de l'expression, il faut toujours garder à l'esprit l'objet de l'article, lequel, à mon avis, est succinctement donné par la note marginale: le «recours en cas d'atteinte aux droits et libertés». C'est cette fin, une voie de recours, qui avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens.

Le paragraphe 24(1) fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte*. Ce qui est conforme à l'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948)) et à l'art. 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966)).

L'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* porte:

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

L'article 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* porte:

(3) Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

I am of the view that a person whose Canadian *Charter* rights have been infringed or denied has the right to obtain the appropriate and just remedy under the circumstances. A corollary which flows from this is the fundamental principle that there must always be a court available to grant, not only a remedy, but the remedy which is the *appropriate* and *just* one under the circumstances.

A remedy must be easily available and constitutional rights should not be "smothered in procedural delays and difficulties", to use the words of J. G. Richards and G. J. Smith, in "Applying the Charter" (1983), 4 *Advocates' Q.* 129, at p. 135. On the other hand, there is no virtue in ignoring established institutions, the practice and "work habits" of the courts and trying to reinvent the wheel. Courts throughout the country have recognized that the *Charter* was not enacted in a vacuum.

In some cases this has been done explicitly: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (Man. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 1 S.C.R. v; *Re Potma and The Queen*, *supra*; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159 (Man. C.A.); *Re Siegel and The Queen*, *supra*; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376 (S.C.T.D.)

3. Les États parties au présent Pacte s'engage à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

Je suis d'avis qu'une personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte* canadienne peut obtenir la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Il en découle en corollaire le principe fondamental selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal qui puisse accorder, non seulement une réparation, mais la réparation qui est *convenable* et *juste* eu égard aux circonstances.

La réparation doit pouvoir s'obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] «étouffés dans les délais et les difficultés de procédure» pour reprendre les termes de J. G. Richards et G. J. Smith dans «Applying the Charter» (1983), 4 *Advocates' Q.* 129, à la p. 135. D'autre part, il n'y a aucun avantage à ne pas tenir compte des institutions établies, des pratiques et «habitudes de travail» des tribunaux et à chercher à réinventer la roue. Les tribunaux dans tout le pays ont reconnu que la *Charte* n'avait pas été adoptée dans le vide.

Dans certains cas, on l'a dit expressément: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 1 R.C.S. v; *Re Potma and The Queen*, précité; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159 (C.A. Man.); *Re Siegel and The Queen*, précité; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376 (C.S.)

In other cases, it is implicit: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557, leave to appeal to this Court granted, [1985] 1 S.C.R. xii; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224 (Alta. C.A.); *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496 (Alta. C.A.); *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.); *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206 (Que. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. ix; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190 (Que. C.A.); *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127 (Alta. C.A.); *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623 (B.C.C.A.); *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (Man. C.A.); *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97 (C.A.); *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440 (Man. Q.B.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395 (Q.B.); *Re Bank of Nova Scotia*, Sask. Q.B., September 29, 1983, unreported but summarized at 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.).

The rights guaranteed under the *Charter* are varied. As a result, their enforcement will, to some extent, be similarly varied. In determining from which court remedies may be sought and the procedure to be followed we should strive to achieve uniformity but must accept that there will, of necessity, be some variation, if not always as a matter of law, at least in practice.

Some violations of *Charter* rights and their remedies are in no way related to a court process. Following a violation, the person aggrieved goes to court to seek a remedy. That person goes to the court which is able to grant the remedy sought. That court is the court of competent jurisdiction, the court which is competent to grant the remedy. If, to give an example, the remedy is in the nature of damages, then, dependent upon the amount sought, the court of competent jurisdiction could be the Supreme Court of a province, the County Court, the Provincial Court, or even the Small Claims Court. If one also seeks injunctive relief,

Dans d'autres affaires, c'est implicite: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557, autorisation de pourvoi à cette Cour accordée, [1985] 1 R.C.S. xii; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224 (C.A. Alb.); *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Alb.); *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (C.A.C.-B.); *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223, autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. ix; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190 (C.A. Qué.); *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127 (C.A. Alb.); *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623 (C.A.C.-B.); *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A. Man.); *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97 (C.A.); *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440 (B.R. Man.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395 (B.R.); *Re Bank of Nova Scotia*, B.R. Sask., 29 septembre 1983, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (B.R. Sask.).

Les droits garantis par la *Charte* sont variés. Or, la façon d'assurer leur respect sera, dans une certaine mesure, également variée. En déterminant à quel tribunal on peut demander réparation et quelle procédure doit être suivie, nous devons rechercher l'uniformité, mais il nous faut nécessairement accepter que surgissent certaines variations, sinon en droit, du moins en pratique.

Certaines violations des droits accordés par la *Charte* et les réparations auxquelles elles donnent lieu ne sont nullement reliées aux voies de droit judiciaire. À la suite d'une violation, l'individu lésé s'adresse au tribunal pour obtenir réparation. Cette personne s'adresse au tribunal qui est à même d'accorder la réparation recherchée. Ce tribunal est le tribunal compétent, le tribunal qui est compétent pour accorder la réparation. Si, pour donner un exemple, cette réparation prend la forme de dommages-intérêts, alors, selon le montant demandé, le tribunal compétent pourra être la Cour suprême d'une province, la Cour de comté, la

one is then precluded from going to the lower courts and must go to the superior courts. The remedy sought determines which is the court of competent jurisdiction.

Other rights, many of which are found in s. 11 of the *Charter*, are those of a person who is being taken to the criminal and penal courts by a prosecution. (We need not decide here whether tribunals are included in the word "court".) There the violation is related to, or even often the result of, the court process. Generally, the range of remedies corrective of those violations will be found within the traditional powers of the court before which the person charged is to be tried, but not necessarily so. As we are here referring to the criminal and penal processes, "civil" remedies, such as damages, or declaratory relief are not traditionally found in those courts.

Furthermore, most of our courts are, within the respective limits imposed upon them by the criminal law and civil law fields, even further limited, dependent upon their level, or even, in the criminal law field, the stage to which the proceedings have progressed. To illustrate, some judges in the system are called upon to hold not only trials but also preliminary inquiries. At trial those judges can acquit, but cannot do so when holding a preliminary inquiry.

Alternate Approaches

Because a person should not be deprived of a just and appropriate remedy merely because his or her extant cause is before a court of criminal jurisdiction, it has been suggested, as a first proposition, that a court of competent jurisdiction is the court which has jurisdiction over the person and the subject matter; and that as of then, that court enjoys full jurisdiction to grant the remedy, whether or not that remedy has been traditionally part of the court's jurisdiction (see *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (B.C.C.A.); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331 (B.C. Prov. Ct.);

Cour provinciale, ou même la Cour des petites créances. Si l'on demande aussi une injonction, on ne peut alors s'adresser aux juridictions de degré inférieur; il faut donc s'adresser aux cours supérieures. La réparation recherchée détermine quel est le tribunal compétent.

D'autres droits, dont plusieurs se trouvent à l'art. 11 de la *Charte*, appartiennent à celui qui est poursuivi devant les juridictions criminelles et pénales. (Nous n'avons pas à décider ici si les tribunaux administratifs sont inclus dans le terme «tribunal»). Dans ces cas la violation est reliée aux voies de droit judiciaires ou même souvent en résulte. En général, on peut trouver les moyens de corriger ces violations dans les pouvoirs traditionnels du tribunal devant lequel l'inculpé subira son procès, mais pas nécessairement. Comme nous nous référons ici aux voies de droit criminelles et pénales, les réparations «civiles», tels les dommages-intérêts ou le jugement déclaratoire, ne font pas partie des pouvoirs traditionnels de ces tribunaux.

De plus, la plupart de nos tribunaux sont, dans les limites respectives que leur impose la branche du droit, criminel et civil, restreints selon le degré de leur juridiction, ou même, dans le domaine du droit criminel, par le stade de la procédure. Par exemple, certains juges du système sont appelés non seulement à tenir des procès, mais aussi à tenir des enquêtes préliminaires. Au procès, ces juges peuvent prononcer un acquittement, mais ils ne peuvent le faire lorsqu'ils procèdent à une enquête préliminaire.

Autres points de vue

On ne saurait refuser au justiciable une réparation juste et convenable simplement parce qu'une juridiction criminelle est saisie de sa cause, aussi a-t-il été suggéré, dans un premier temps, que le tribunal compétent soit le tribunal compétent *ratione personae* et *ratione materiae* et que, dès lors, ce tribunal détienne une plénitude de juridiction pour accorder la réparation, que celle-ci ait ou non traditionnellement été de la compétence de ce tribunal (voir *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (C.A.C.-B.); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331 (C. prov. C.-B.); Manning,

Manning, Morris, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), pp. 460 and 473; Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), p. 65).

A contrary view has been expressed by the following: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada*, *supra*; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.); *R. v. Crate*, *supra*; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (Alta. C.A.); *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.), leave to appeal to this Court granted, [1984] 2 S.C.R. ix; *R. v. Morgentaler*, *supra*; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.); *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123 (Ont. Prov. Ct.); *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193 (Ont. H.C.); *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506 (Ont. H.C.); *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529 (Ont. H.C.); *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404 (B.C.S.C.); *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501 (Ont. H.C.); *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.*, *supra*; *R. L. Crain Inc. v. Couture*, *supra*; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375 (B.C. Co. Ct.); *Re Regina and Henyu* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404 (B.C.S.C.); *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81 (Ont. Div. Ct.); *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477 (B.C.S.C.); Ewaschuk, E. G., "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54, 70; Levy, J. C., "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523, at p. 537; Richards, J. G. and Smith, G. J., *loc. cit.*, at pp. 131 and 153.

Under this approach, criminal courts would, when appropriate, grant civil remedies in addition to those remedies that are traditionally within their jurisdiction (for a discussion of such a possibility for a court of superior jurisdiction, see *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264 (Q.B.))

Morris, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), aux pp. 460 et 473; Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), à la p. 65).

^a

Une opinion contraire a été exprimée dans les textes suivants: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada*, précité; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. Div.); *R. v. Crate*, précité; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (C.A. Alb.); *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.), autorisation de pourvoi à cette Cour accordée, [1984] 2 R.C.S. ix; *R. v. Morgentaler*, précité; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{ère} inst.); *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123 (C. prov. Ont.); *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193 (H.C. Ont.); *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506 (H.C. Ont.); *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529 (H.C. Ont.); *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404 (C.S.C.-B.); *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C. Ont.); *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.*, précité; *R. L. Crain Inc. v. Couture*, précité; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375 (C. Co. C.-B.); *Re Regina and Henyu* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404 (C.S.C.-B.); *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81 (C. Div. Ont.); *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477 (C.S.C.-B.); Ewaschuk, E. G., "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54, 70; Levy, J. C., "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523, à la p. 537; Richards, J. G., and Smith, G. J., *loc. cit.*, aux pp. 131 et 153.

ⁱ

Selon cette façon de voir, les juridictions criminelles, lorsque cela serait opportun, accorderaient des réparations civiles, outre les réparations qui relèvent traditionnellement de leur compétence (pour une analyse d'une telle possibilité dans le cas d'une cour de juridiction supérieure, voir *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264 (B.R.))

Others, recognizing serious procedural and evidentiary impediments, distinguish between civil and criminal law remedies. They would, however, as a second proposition, extend to any judge having jurisdiction over the person and the subject matter jurisdiction to grant any criminal law remedy. A preliminary inquiry judge could, to give an example, enter a stay in any type of case, whatever be the charge, and whichever be the eventual trial court (*R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170 (Prov. Ct.); *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Baker*, B.C.S.C., May 19, 1983, unreported but summarized at 10 W.C.B. 10; *contra: Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127 (B.C.C.A.))

As regards the first proposition, desirable as might be a system whereby a person could get from the judge he or she is before a plenitude of remedies, this approach has to be defeated by the fundamental differences as between the civil and criminal process. To illustrate the problem briefly, it will be difficult to afford the alleged violators, susceptible to pay damages or to be the object of some injunction, a fair hearing within the criminal justice process, whilst guaranteeing the accused all traditional safeguards. Furthermore, the criminal courts are not staffed and equipped to cope with such types of determinations. Our civil courts are, and I cannot find any compelling reason why they should not determine *Charter* issues for the purpose of granting remedies of a civil or administrative law nature.

As regards the second proposition, I agree with its proponents so far as trial judges are concerned, but not as regards judges holding preliminary inquiries. I do not see the need, once the distinction between criminal and other remedies is made, for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit. Since they already have the jurisdiction to make a final complete

D'autres, reconnaissant des obstacles sérieux en matière de procédure et les difficultés de preuve, distinguent entre les réparations civiles et celles du droit criminel. Ils étendraient toutefois, dans un second temps, à tout juge compétent *ratione personae* et *ratione materiae* la compétence d'accorder toutes réparations de droit criminel. Un juge à l'enquête préliminaire pourrait, par exemple, suspendre une instance dans tout genre d'affaire, indépendamment de l'accusation et quelle que soit la juridiction de jugement éventuelle (*R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170 (C. prov.); *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69 (C. prov. Ont.); *R. v. Baker*, C.S.C.-B., 19 mai 1983, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 10; *contra: Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127 (C.A.C.-B.))

Pour ce qui est de la première proposition, aussi désirable que puisse être un système en vertu duquel le justiciable pourrait obtenir du juge devant qui il comparaît un ensemble de réparations, cette façon de voir doit être rejetée à cause des différences fondamentales existant entre les voies de droit civiles et les voies de droit criminelles. Pour illustrer le problème brièvement, il sera difficile de fournir à des contrevenants présumés, ayant éventuellement à payer des dommages-intérêts ou devant faire l'objet de quelque injonction, une audition équitable dans le cadre des voies de droit criminelles, tout en garantissant au prévenu toutes les protections traditionnelles. De plus, les juridictions criminelles n'ont pas le personnel ni ne sont équipées pour connaître de ce genre d'affaires. Nos juridictions civiles le sont, et je ne parviens à trouver aucune raison impérieuse pour laquelle elles ne devraient pas trancher les questions relatives à la *Charte* afin d'accorder des réparations de nature civile ou de droit administratif.

Pour ce qui est de la seconde proposition, je partage l'avis de ses défenseurs lorsqu'il s'agit des juges du procès, mais je ne le partage pas dans le cas des juges tenant les enquêtes préliminaires. Je ne vois pas la nécessité, une fois que la distinction entre les voies de recours criminelles et les autres est faite, de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siè-

determination of the trial, they already have a plenitude of criminal law remedies available, such as adjournment, bail, ordering disclosure, excluding evidence, entering stays. And I should add that they should not retreat from the development of imaginative and innovative remedies when just and appropriate. As an example, if for some reason the accused's right to a fair trial under s. 11(d) has been violated and the prejudice suffered is that the accused is precluded from adducing certain evidence due to a witness' disappearance, I see no reason why, under certain circumstances, the proper remedy could not be that the judge consider the facts the existence of which would have, to the satisfaction of the judge, been propounded by that witness, as averred.

In support of granting a plenitude of remedial powers to judges sitting at preliminary inquiries, the proponents thereof argue that for some violations, however, because of the nature of the right violated or because of the nature of the violation or both, the just and appropriate remedy is an immediate or an early remedy. Such is often the case in violations of rights guaranteed under s. 11, such as being denied reasonable bail (s. 11(e)), being retried a second time (s. 11(h)). The need for an early remedy is even greater when the violation is of the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b)), where the untimeliness of the remedy in a sense becomes itself part of the perpetration of the violation.

One can readily understand that it appears incongruous to tell an accused that he or she must wait until trial to complain about a delay in coming to trial (s. 11(b)). The incongruity would be all the more pronounced were the accused to be directed to the court, whose process was alleged to be biased under s. 11(d); to be told to wait until the end of trial before pleading a previous acquittal or conviction (s. 11(h)); or to be made to stay in jail until trial because of a denial of reasonable bail (s. 11(e)). For these reasons it is argued that

gent. Comme ils détiennent déjà la compétence de statuer définitivement au fond, ils détiennent déjà la plénitude des redressements du droit criminel existants; tels l'ajournement, la libération sous cautionnement, l'ordonnance de communication de pièces, d'exclusion de preuves, la suspension d'instance. Et je devrais ajouter qu'ils ne devraient pas hésiter à développer des réparations imaginatives et innovatrices lorsque cela est juste et convenable. Par exemple, si pour une raison quelconque le droit de l'inculpé à un procès équitable aux termes de l'al. 11d) a été violé et que le préjudice qu'il a subi est d'être incapable de produire certaines preuves par suite de la disparition d'un témoin, je ne vois aucune raison qui interdise que, dans certaines circonstances, la réparation convenable ne consiste en ce que les faits, dont l'existence aurait pu, à la satisfaction du juge, être établie par ce témoin, soient considérés par lui comme avérés.

Pour appuyer l'attribution de la plénitude des pouvoirs de réparation aux juges qui siègent aux enquêtes préliminaires, ses défenseurs soutiennent que, pour certaines violations, cependant, à cause de la nature du droit violé ou de la violation, ou des deux, la réparation juste et convenable doit être immédiate ou intervenir vite. C'est souvent le cas pour les violations des droits garantis par l'art. 11, tels un refus de cautionnement raisonnable (al. 11e)), ou le fait d'être jugé une seconde fois (al. 11h)). La nécessité d'une réparation immédiate est encore plus grande lorsque c'est le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)) qui est enfreint, alors que la voie de recours tardive fait en un sens elle-même partie de la perpétration de la violation.

On peut facilement comprendre qu'il serait incongru de dire au prévenu d'attendre le procès pour se plaindre du retard à tenir le procès (al. 11b)). L'incongruité serait encore plus grande si on devait dire au prévenu de s'adresser au tribunal dont les voies de droit seraient entachées de partialité au sens de l'al. 11d); ou que l'affaire suive son cours pour pouvoir enfin alléguer qu'il a déjà été acquitté ou reconnu coupable (al. 11h)); ou de demeurer incarcéré en raison du refus de tout cautionnement raisonnable, jusqu'au moment du

judges at preliminaries should enjoy the full panoply of remedial powers.

It is argued that because provincial court judges have a plenitude of criminal law powers when sitting as trial judges they are quite capable of assuming and dispensing adequately that jurisdiction and that their arsenal of remedies *qua* trial judges should follow them when they sit at preliminaries.

Some have gone the other way and found that the magistrate (provincial court judge) when sitting at a preliminary has no jurisdiction whatsoever, i.e. is not a court of competent jurisdiction to entertain *Charter* applications (*R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296 (Ont. Prov. Ct.); *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213 (Q.B.); *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185 (H.C.) *contra*: *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165 (Sask. C.A.); *R. v. Wilson*, *supra*; *R. v. Coleman*, Alta. Prov. Ct., October 20, 1982, unreported but summarized at 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer*, Sask. Prov. Ct., October 15, 1982, unreported but summarized at 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia*, Sask. Prov. Ct., December 6, 1982, unreported but summarized at 10 W.C.B. 451; *R. v. Dezwirek*, *supra*; Levy, J. C., *loc. cit.*, at p. 540). The most comprehensive decision on point decision can be found in J. Holland J.'s judgment in *Re Regina and Morrison*, *supra*, where he states at pp. 204-05:

It is my view that the reasoning in *Mills* relating to the question of competent jurisdiction must be seen to be on 'hold'. It is with regret that I state that I am in respectful disagreement with my brother Osborne with respect to his comments on the jurisdiction of the provincial court judge conducting a preliminary inquiry.

The view which I hold is that a provincial court judge conducting a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. That judge is not empowered to try the charge but rather, to carry out the express function set in Part XV of the *Criminal Code*. This jurisdiction has been commented upon in many cases.

procès (al. 11e)). C'est pourquoi on soutient que les juges aux enquêtes préliminaires devraient pouvoir jouir de toute la panoplie des pouvoirs de réparation.

^a On soutient que, comme les juges des cours provinciales possèdent la plénitude des pouvoirs du droit criminel lorsqu'ils siègent à titre de juge du procès, ils sont à même d'assumer et d'exercer adéquatement cette compétence et l'arsenal des réparations à leur disposition en tant que juges du procès devrait les suivre lorsqu'ils siègent aux enquêtes préliminaires.

^c Certains ont abondé dans l'autre sens et jugé que le magistrat (le juge de la cour provinciale), lorsqu'il siège à l'enquête préliminaire, n'a aucune compétence, c.-à-d. qu'il n'est pas un tribunal compétent pour entendre les demandes fondées sur la *Charte* (*R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296 (C. prov. Ont.); *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213 (B.R.); *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185 (H.C.); *contra*: *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Sask.); *R. v. Wilson*, précité; *R. v. Coleman*, C. prov. Alb., 20 octobre 1982, non publié mais résumé à 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer*, C. prov. Sask., 15 octobre 1982, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia*, C. prov. Sask., 6 décembre 1982, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 451; *R. v. Dezwirek*, précité; Levy, J. C., *loc. cit.*, à la p. 540). La décision la plus complète sur le sujet se trouve dans le jugement du juge J. Holland, *Re Regina and Morrison*, précité, dans lequel il dit, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le raisonnement de l'affaire *Mills* concernant la question de compétence doit être considéré «en attente». C'est à regret que j'énonce mon désaccord respectueux avec mon collègue Osborne quant à ce qu'il a dit sur la compétence du juge de la cour provinciale qui procède à l'enquête préliminaire.

ⁱ Je suis d'avis que le juge d'une cour provinciale qui procède à une enquête préliminaire ne constitue pas un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*. Ce juge n'a pas le pouvoir de statuer sur l'inculpation, mais plutôt d'exercer la fonction expressément énoncée à la Partie XV du *Code criminel*. Cette compétence a été commentée dans biens des affaires.

He then referred to the cases illustrating the limited jurisdiction enjoyed under the *Criminal Code* by judges conducting a preliminary inquiry. And then further said, at p. 206:

It is beyond dispute, on present authority, that the sole function of a provincial court judge conducting a preliminary inquiry under Part XV and where the charge is valid, is to determine whether the evidence adduced at the inquiry is sufficient to warrant committing the accused for trial. This does not include the right to grant relief on the grounds of s. 11(b) of the Charter.

I conclude here that the judge below committed jurisdictional errors in holding that he was a court of competent jurisdiction and that he was empowered to grant relief under s. 11(b). Accordingly, his decision, made without jurisdiction, must be quashed and the matter remitted back to him to complete the preliminary inquiry according to law.

It would appear from the foregoing that two reasons are invoked for excluding judges who preside at preliminary inquiries from being considered as "courts of competent jurisdiction". The first is that they cannot make a final determination as to guilt and therefore do not enjoy a full panoply of remedial powers. The second is that they should not be given remedial powers under the *Charter* that they do not otherwise have because they do not function in the proper setting for making determinations under s. 24.

I agree that a judge presiding at a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting a remedy under s. 24(1). This finding is subject to one exception however. I am of the view that the preliminary inquiry judge is a court of competent jurisdiction for making a finding under s. 24(1) as regards a violation for the purpose of excluding evidence under s. 24(2).

The purpose of a preliminary inquiry is to determine whether there is admissible evidence that is sufficient to put the accused on trial. That is the judge's sole function. But in discharging this function the judge must address not only the probative value of evidence but also its admissibility in law. The judge does exclude perfectly probative evi-

Il cite alors les affaires illustrant la compétence limitée dont jouissent en vertu du *Code criminel* les juges qui procèdent à une enquête préliminaire. Il ajoute alors, à la p. 206:

[TRANSCRIPTION] Il ne fait pas de doute, selon la jurisprudence actuelle, que la seule fonction d'un juge de cour provinciale qui procède à une enquête préliminaire selon la Partie XV, lorsque l'inculpation est valide, consiste à déterminer si les preuves produites à l'enquête sont suffisantes pour justifier l'envoi de l'accusé à son procès. Cela n'inclut pas le droit d'accorder réparation pour les motifs prévus à l'al. 11b) de la Charte.

Je conclus en l'espèce que le juge de la juridiction de degré inférieur s'est trompé sur sa compétence en jugeant qu'il constituait un tribunal compétent ayant le pouvoir d'accorder réparation en vertu de l'al. 11b). En conséquence, sa décision, qui excédait sa compétence, doit être cassée et l'affaire doit lui être renvoyée pour qu'il mène l'enquête préliminaire à son terme conformément à la loi.

Il semble ressortir de ce qui précède qu'on invoque deux raisons pour ne pas considérer les juges qui président les enquêtes préliminaires comme des «tribunaux compétents». Premièrement, ils ne peuvent pas rendre de décision définitive sur la culpabilité et ils ne bénéficient donc pas de l'entière panoplie des pouvoirs de réparation. Deuxièmement, on ne devrait pas leur confier des pouvoirs de réparation en vertu de la *Charte* qu'ils n'ont pas par ailleurs parce qu'ils n'agissent pas dans le cadre approprié pour rendre des décisions en vertu de l'art. 24.

Je suis d'accord pour dire qu'un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent aux fins d'accorder une réparation aux termes du par. 24(1). Il y a toutefois une exception à cette conclusion. Je suis d'avis qu'un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent pour conclure aux termes du par. 24(1) en ce qui a trait à une violation aux fins d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

L'enquête préliminaire vise à déterminer s'il y a des éléments de preuve admissibles qui sont suffisants pour renvoyer l'inculpé à son procès. C'est la seule fonction du juge. Mais s'acquittant de sa fonction, le juge doit non seulement examiner la valeur probante des éléments de preuve, mais aussi leur admissibilité en droit. Le juge écarte effective-

dence as inadmissible under exclusionary rules of evidence predicated upon overriding policy considerations. I see no reason why this power to exclude probative evidence for policy reasons cannot equally be exercised under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not really remedy oriented though of course its results, when the application is successful, are beneficial to the accused. The concern is one of policy, the protection of the justice system, as are predicated upon policy the exclusion rules that preclude the adduction of perfectly probative evidence.

For those reasons, and to summarize, I am of the view that:

- A court of competent jurisdiction in an extant case is a court that has jurisdiction over the person, the subject matter and has, under the criminal or penal law, jurisdiction to grant the remedy;
- As a general rule, the court of competent jurisdiction is the trial court;
- A judge presiding at a preliminary inquiry is a court of competent jurisdiction to determine whether there has been a violation, but only if the order sought is the exclusion of evidence under s. 24(2).

For some, this would suffice. The trial court would, without exception (for others subject to the exception I am proposing), be the sole court of competent jurisdiction. This view, at first blush, has a certain appeal. It is simple and straightforward, free of a number of cumbersome problems which might otherwise arise. It introduces no additional delays, follows the usual appeal process and avoids any potential jurisdictional conflicts.

Yet what it gains in simplicity it loses in effectiveness. For such a system would not permit early or immediate access to a remedy when such is clearly needed, e.g. under s. 11(e), the right not to be denied reasonable bail, or when delay itself is a perpetuation of the *Charter* violation, e.g. under s. 11(b), the right to be tried within a reasonable

ment des éléments de preuve parfaitement probants parce qu'ils sont irrecevables en vertu des règles d'exclusion de la preuve qui s'appuient sur des considérations de principe impératives. Je ne vois pas pourquoi ce pouvoir d'exclure des éléments de preuve probants pour des raisons de principe ne peut également s'exercer en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) ne vise pas réellement la réparation bien que, naturellement, ses effets, lorsque la demande est accueillie, soient favorables à l'accusé. Il s'agit d'une question de principe, la protection du système de justice, tout comme les règles d'exclusion, qui empêchent la production d'éléments de preuve parfaitement probants, relèvent de considérations de principe.

Pour ces motifs et en résumé, je suis d'avis que:

- un tribunal compétent dans une affaire est le tribunal compétent *ratione personae* et *ratione materiae* et qui a, en droit criminel ou pénal, compétence pour accorder la réparation;
- en règle générale, le tribunal compétent est le tribunal de première instance;
- un juge qui préside une enquête préliminaire est un tribunal compétent pour déterminer s'il y a eu une violation, mais seulement si le jugement recherché vise l'exclusion d'éléments de preuve aux termes du par. 24(2).

Pour certains, ceci suffirait. La juridiction de jugement serait, sans exception (pour d'autres sous réserve de l'exception que je propose), le seul tribunal compétent. Cette opinion, à première vue, n'est pas sans attrait. Elle est simple et directe, et supprime plusieurs problèmes épineux qui autrement pourraient surgir. Elle n'introduit aucun délai supplémentaire, elle est conforme aux voies d'appel habituelles et évite tout conflit éventuel de juridiction.

Pourtant ce qui est gagné en simplicité est perdu en efficacité. Car un tel système ne permettrait pas d'obtenir réparation immédiatement ou à un stade préliminaire lorsque c'est manifestement nécessaire, par exemple, en vertu de l'al. 11e), le droit de ne pas être privé d'un cautionnement raisonnable, ou lorsque le délai lui-même perpétue une

time. In such instances, denial of early access to a remedy is, in effect, denial of the "appropriate and just [remedy] in the circumstances". Denial of early access in such cases must not be countenanced; it would elevate simplicity of procedure above effectiveness of remedy. Simplicity must yield to the greater need for ensuring prompt access to a just, appropriate and effective remedy.

For these reasons, I have come to the conclusion that the preferable, alas somewhat more complex, alternate solution to this problem is to acknowledge:

- 1—Pre-trial motions to the trial court, and
- 2—Original concurrent jurisdiction in the superior court, in cases extant before lower courts.

Pre-Trial Motions

As soon as the trial court is determined, in cases where a preliminary inquiry is not to be held and, if one is to be held, as of committal, an accused, alleging before the date set for trial that a s. 11(b) violation has already occurred, must be given access to a judge of the court where his trial will be held, for the purpose of determining whether such a violation has occurred.

This can be done by a system of pre-trial hearings. This could also be achieved through administrative measures whereby the trial date would be advanced and trials commenced earlier than expected, at least for the limited purpose of making that urgent ruling. That is as much as we should say on the matter. These questions are best dealt with locally. What this Court should limit itself to saying is that trial courts should be in some way ready to grant the remedy for a s. 11(b) violation as soon as an accused is entitled thereto and is within the jurisdiction of the trial court.

violation de la *Charte*, par exemple, en vertu de l'al. 11b), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans de tels cas, empêcher d'obtenir réparation à un stade préliminaire revient en fait à refuser la réparation «convenable et juste eu égard aux circonstances». Le refus dans ces cas ne doit pas être encouragé; ce serait mettre la simplicité de la procédure au-dessus de l'efficacité de la réparation. La simplicité doit céder devant la nécessité plus grande d'assurer promptement l'obtention d'une réparation juste, convenable et efficace.

Pour ces motifs, j'en suis venu à la conclusion que la solution subsidiaire à ce problème, hélas un peu plus complexe, mais préférable, est de reconnaître:

- 1—la présentation de requêtes préalables au procès à la juridiction de jugement, et
- 2—la compétence initiale concurrente de la cour supérieure dans les espèces dont les juridictions de degré inférieur sont saisies.

Requêtes préalables au procès

Dès que la juridiction de jugement est déterminée dans les cas où il n'y a pas d'enquête préliminaire et, s'il y en a une, à compter du renvoi à procès, un accusé, qui allègue avant la date fixée pour le procès que l'al. 11b) a déjà été violé, doit pouvoir s'adresser à un juge du tribunal où son procès aura lieu aux fins de déterminer si une telle violation a eu lieu.

Un système d'audition avant procès peut permettre de le faire. On pourrait aussi y parvenir par des mesures administratives qui permettraient d'avancer la date des procès et de les faire débiter plus tôt que prévu, du moins dans le but limité de rendre cette décision urgente. C'est tout ce que nous devrions dire à cet égard. Ces questions sont mieux réglées localement. Ce que cette Cour devrait se limiter à dire est que les juridictions de jugement devraient d'une façon ou d'une autre être prêtes à accorder la réparation correspondant à une violation de l'al. 11b) dès qu'un accusé y a droit et qu'il relève de la compétence de la juridiction de jugement.

Concurrent Jurisdiction in the Superior Court

I am not here addressing the superior court's original jurisdiction as a trial court before which the trial of an offence is taking place or to which a person has been committed for trial. In such cases, that court's jurisdiction *qua* trial court, is no different from any other.

I am rather considering whether the superior court of a province is a court of competent jurisdiction for the purpose of an originating application under s. 24(1) where the extant case is pending before an inferior court, and irrespective of whether an application has been made below.

At first glance there might not appear to be a great need for granting concurrent original jurisdiction to the superior court. After all, the *Criminal Code* trial courts have a plenitude of criminal law powers, and whatever is missing in the criminal courts can be found in the civil courts.

Nevertheless, as a matter of principle and for practical purposes, I am in favour of acknowledging constant, complete, and concurrent jurisdiction in the superior court, as some courts seem to have done: *R. v. Vermette* (No. 4) (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (Que. S.C.); *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512 (B.C.S.C.); *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283 (Ont. H.C.); *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346 (Ont. H.C.); *Re Rahey and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (N.S.S.C.) and (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.) This, however, would be subject to the exercise of restraint, a matter I shall address shortly.

This position arises out of two general principles. First is the premise that one, having a right, must have a court in which to enforce that right and, in the absence of express legislation, that court is the superior court. This principle is well-established in Canadian law and was authoritatively stated by Viscount Haldane in *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, at pp. 962-63:

If the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of

Compétence concurrente de la cour supérieure

Je n'examine pas ici la compétence initiale de la cour supérieure en tant que juridiction de jugement statuant sur une infraction ou devant laquelle on envoie un prévenu subir son procès. Dans de tels cas, la compétence de la cour, en tant que juridiction de jugement, ne diffère pas de celle des autres.

Je m'intéresse plutôt au point de savoir si la cour supérieure d'une province constitue un tribunal compétent pour les fins d'une demande directe en vertu du par. 24(1), alors que l'espèce est pendante devant une juridiction de degré inférieur et indépendamment de savoir si un recours a été présenté devant cette dernière.

À première vue, il ne semblerait pas y avoir un grand besoin de conférer compétence initiale concurrente à la cour supérieure. Après tout, les juridictions de jugement du *Code criminel* détiennent la plénitude des pouvoirs de droit criminel et ce qui manque aux tribunaux de l'ordre criminel peut se trouver dans les tribunaux de l'ordre civil.

Quoi qu'il en soit, en principe et pour des raisons pratiques aussi, je suis néanmoins en faveur de reconnaître à la cour supérieure une compétence concurrente, permanente et complète, comme certains tribunaux la lui ont reconnue: *R. c. Vermette*, [1982] C.S. 1006; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512 (C.S.C.-B.); *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283 (H.C. Ont.); *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346 (H.C. Ont.); *Re Rahey and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (C.S.N.-É.) et (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.) Celle-ci toutefois ne l'exercerait qu'avec réserve, ce dont je vais traiter bientôt.

Ce point de vue découle de deux principes généraux: D'abord on peut poser comme prémisses que le titulaire d'un droit doit pouvoir s'adresser à un tribunal afin de l'exercer et, en l'absence de texte de loi exprès, ce tribunal est la cour supérieure. Ce principe est bien établi en droit canadien; le vicomte Haldane en a donné un exposé faisant autorité dans l'arrêt *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, aux pp. 962 et 963:

[TRADUCTION] Si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal pour en assurer l'exercice, car si

enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the King's Courts of justice. In order to oust jurisdiction, it is necessary, in the absence of a special law excluding it altogether, to plead that jurisdiction exists in some other Court.

The second principle recognizes the unique character of a constitutional remedy. In such cases a "special law" is not sufficient to oust the jurisdiction of the superior courts, for a constitutional remedy and its accessibility should not in principle be open to statutory limitation. While limitation of the remedial power to inferior courts may well be permissible, this, in my view, can only be possible if the superior court is available to fill the remedial vacuum that would result.

While this gives the legislatures flexibility in creating and in circumscribing the jurisdiction of inferior courts without necessarily attracting review under the *Charter*, such review would surely be triggered were Parliament to attempt any limitation to the jurisdiction of the superior courts. I will now address the practical considerations.

A compelling reason for such concurrent jurisdiction is to give to a person awaiting or during a preliminary inquiry, whose trial court is therefore not yet within reach, a court able to grant remedy. I say "in certain cases" because, for many violations, where there is no prejudice in waiting, the course to be followed will be to let matters progress to the point where the trial court is within reach of the accused, i.e. after committal. The accused would then proceed by seeking early remedy from his trial court or wait for the actual trial. But for those violations the very nature of which commands immediate relief, access to the superior court is essential.

As a matter of principle, I would not limit the superior court's jurisdiction to situations where applications are for a remedy unavailable in the extant court (that will be the case of preliminary

aucun autre mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice. Pour les priver de leur compétence, il est nécessaire, en l'absence de loi spéciale l'excluant, de plaider que cette compétence a été conférée à quelque autre tribunal.

Le second principe constitue une reconnaissance du caractère unique d'une réparation constitutionnelle. Dans de tels cas, une «loi spéciale» ne suffit pas à priver de compétence les cours supérieures, car une réparation constitutionnelle, de même que la possibilité de la faire valoir, ne devrait pas en principe pouvoir être limitée par une loi. Si la limitation du pouvoir de réparation des juridictions de degré inférieur peut être permise, c'est, à mon avis, seulement possible parce que la cour supérieure est à même de combler la carence qui en résulterait.

Si cela permet une certaine souplesse aux législatures lorsqu'elles créent et circonscrivent la compétence des juridictions inférieures sans nécessairement attirer par là un contrôle en vertu de la *Charte*, ce contrôle serait sûrement déclenché advenant que le Parlement tente de limiter la compétence des cours supérieures. J'en viens maintenant aux questions pratiques.

Un motif impératif pour reconnaître une telle compétence concurrente est qu'on donne ainsi à celui qui attend son enquête préliminaire ou qui la subit, et qui ne peut pas alors s'adresser à la juridiction de jugement, accès à un tribunal qui peut accorder une réparation. Je dis «dans certains cas» parce que, pour bien des violations, lorsque l'attente ne cause pas de préjudice, la voie à emprunter consistera à laisser les choses suivre leur cours jusqu'à ce que l'accusé puisse s'adresser à la juridiction de jugement, c.-à-d., après son renvoi à procès. L'accusé pourra alors rapidement demander réparation à la juridiction de jugement ou attendre le procès proprement dit. Mais pour les violations dont la nature même commande réparation immédiate, l'accès à la cour supérieure demeure essentiel.

En principe, je ne restreindrais pas la compétence de la cour supérieure aux cas où les demandes concernent une réparation que ne peut accorder le tribunal saisi (ce serait le cas des tribunaux

inquiry courts); nor would I find that an unsuccessful application below would be a bar to the court's concurrent original jurisdiction. But I hasten to add with emphasis that this is so subject to the restraints hereinafter set out.

Preference for Trial Court Jurisdiction

In recognizing both original and supervisory jurisdictions in superior courts with respect to s. 24(1) applications I am seeking to give effect to the basic proposition that there should *always* be a court of competent jurisdiction to award such relief as is just and appropriate in the circumstances.

At the same time, however, superior courts will rarely be the only competent court. As a general rule it is the trial court that is not only competent, *but to be preferred in matters arising under the Charter*. Viewed in this light, an unrestrained exercise of this jurisdiction by superior court judges is undesirable in that it could only give way to unnecessary delay or disruption of proceedings.

For these reasons it is necessary that superior courts have a discretion to decline jurisdiction where there is a trial court and that court is competent to award just and appropriate relief. In this way it can be assured that the jurisdiction of superior courts will be invoked only where there is a need for such jurisdiction. The clearest, though not necessarily only, instances when there is a need for the exercise of such jurisdiction have already been suggested: when there is as yet no trial court within reach, and the timeliness of the remedy or the need to prevent a continuing violation of rights is shown; or when it is the process below which is, itself, alleged to be in violation of the *Charter's* guarantees, e.g., an allegation of bias in the court below.

Such a discretion is already well-established with respect to prerogative relief: *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561.

tenant l'enquête préliminaire); je n'estime pas non plus qu'une demande déboutée au niveau inférieur supprimerait la compétence concurrente et initiale de la cour. Mais je m'empresse d'ajouter et de souligner qu'il y a effectivement des limites à ce principe que j'expose ci-après.

Préférence à la juridiction de jugement

En reconnaissant aux cours supérieures une compétence initiale et de surveillance en matière de demandes fondées sur le par. 24(1), je cherche à donner effet à la proposition fondamentale qui veut qu'il y ait *toujours* un tribunal compétent à même d'accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

Par ailleurs, cependant, les cours supérieures seront rarement le seul tribunal compétent. En règle générale, c'est la juridiction de jugement qui est non seulement compétente, *mais qui doit être préférée en ce qui concerne les questions découlant de la Charte*. Vu sous cet angle, l'exercice illimité de cette compétence par les juges des cours supérieures n'est pas désirable en ce qu'il ne pourrait qu'occasionner des délais inutiles ou interrompre le cours normal de la procédure.

Pour ces motifs, il est nécessaire que les cours supérieures aient le pouvoir discrétionnaire de décliner leur compétence lorsqu'une juridiction de jugement peut être saisie et que celle-ci détient la compétence d'accorder une réparation juste et convenable. De cette façon, on invoquera la compétence des cours supérieures que si c'est nécessaire. Les cas les plus patents, quoique ce ne soient pas nécessairement les seuls, où il faut que cette compétence soit exercée ont déjà été mentionnés: lorsqu'on ne peut pas encore saisir une juridiction de jugement et qu'il est démontré qu'il faut exercer un recours avec célérité ou qu'il est nécessaire d'empêcher la perpétuation de la violation des droits ou lorsque c'est la juridiction inférieure elle-même qui, allègue-t-on, viole les garanties de la *Charte*, par exemple en cas d'allégation de partialité de la juridiction inférieure.

Un tel pouvoir discrétionnaire est déjà fort bien établi dans le cas des recours de prerogative: *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

It has also been applied with respect to writs within the context of *Charter* litigation (*Re Kendall and The Queen, supra*).

Such a discretion is also known to the common law with respect to original jurisdiction under the *Charter* (see for example, *R. v. S. B., supra*; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (Ont. C.A.); *R. v. Kohler, supra*; *Re Pattyson and The Queen, supra*).

Indeed, while acknowledging this concurrent jurisdiction, I share the views expressed in the aforementioned cases that when there is a court available to grant the just and appropriate remedy, or, when the court below has been invited to adjudicate the matter and has done so, the superior court should generally refrain from interfering and should let matters take their course through the normal appeal process. As pointed out by Howland C.J. for the Ontario Court of Appeal in *Re Krakowski and The Queen, supra*, at p. 192:

In most instances it is preferable where the charges are to be tried in the provincial court that the provincial court decide whether the accused has been denied the right to a trial within a reasonable time as guaranteed by the *Charter*. The provincial court is in the position to hear *viva voce* evidence and is familiar with any problems so far as its case-load is concerned. The Supreme Court, on the other hand, might be faced with the difficulty of trying to deal with the matter on the basis of conflicting affidavits. Furthermore, there would be resulting delay if cross-examination of the deponents was required. It is much more satisfactory for the matter to be dealt with at a supervisory or appellate level on the basis of the entire record in the provincial court where all of the relevant issues have been considered in one forum, rather than having been litigated piecemeal.

The provincial court is therefore the court of competent jurisdiction within s. 24(1) of the *Charter* where the appellant should seek his remedy in this case.

I say this because, apart from the fact that the trial courts are usually the best equipped to deal with *Charter* issues arising in extant cases before them, their decisions are eventually open to reconsideration through the ordinary appeal process. In

Il a aussi été appliqué aux brevets dans le cadre d'un litige mettant en cause la *Charte* (*Re Kendall and The Queen, précité*).

^a La *common law* connaît aussi un tel pouvoir discrétionnaire relativement à la compétence initiale en vertu de la *Charte* (voir par exemple, *R. v. S. B., précité*; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (C.A. Ont.); *R. v. Kohler, précité*; *Re Pattyson and The Queen, précité*).

D'ailleurs, tout en reconnaissant cette compétence concurrente, je partage les points de vue exprimés dans les affaires susmentionnées: lorsqu'on peut s'adresser à un tribunal pour obtenir une réparation juste et convenable ou, lorsque la juridiction de degré inférieur a été invitée à se saisir de l'affaire et s'en est effectivement saisie, la cour supérieure devrait normalement se garder d'intervenir et laisser les choses suivre leur cours selon la procédure normale d'appel. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Krakowski and The Queen, précitée*, à la p. 192:

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas, il est préférable, lorsque c'est la cour provinciale qui est saisie, que celle-ci décide si le prévenu n'a pas eu droit à un procès dans un délai raisonnable comme le garantit la *Charte*. La cour provinciale peut entendre les témoignages oraux et connaît l'encombrement de son rôle. La Cour suprême, d'autre part, peut se trouver dans la situation difficile d'avoir à connaître de l'affaire sur le fondement d'affidavits contradictoires. De plus, il y aurait des délais si le contre-interrogatoire des déposants était demandé. Il est beaucoup plus satisfaisant que l'affaire soit réglée par examen judiciaire ou par voie d'appel, alors que tout le dossier de la cour provinciale et tous ces points pertinents auront été examinés par un seul tribunal et non pas réglés par bribes.

ⁱ La cour provinciale est donc le tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, advenant que l'appelant l'invoque en l'espèce.

Si je dis cela, c'est que, outre que les juridictions de jugement sont généralement les plus aptes à traiter des questions concernant la *Charte* soulevées en cours d'instance, leurs décisions peuvent éventuellement être révisées par les voies d'appel

determining the exercise of this restraint, I am of the view that we should somewhat extend and adapt to *Charter* issues, (as suggested by Professor J. C. Levy, *loc. cit.*, at p. 537) "A principled doctrine for declining to exercise jurisdiction", along the lines of *forum non conveniens*.

In private international law, the doctrine of *forum non conveniens* is invoked to decline jurisdiction where there is another forum better able to deal with the matter. The doctrine is only relevant where the plaintiff is presented with a choice of forums in which to pursue his or her claims, and the choice made is one which places undue burdens upon the defendant. The doctrine is well-established in Canadian common law: *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422. While some doubt has been expressed as to its availability in Quebec (see *Southern Pacific Co. v. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.); *contra: Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465), I think that a similar doctrine should be available throughout Canada upon an application under s. 24(1).

Indeed, the residual jurisdiction of superior courts ensures that they have such a discretion, and by virtue of s. 24(1), they may and should decline jurisdiction where, in the opinion of the superior court, it is the trial court that is best able to assess and grant that remedy which is "just and appropriate". Such instances have already been indicated.

The burden should, therefore, be upon a claimant under the *Charter* to establish to the court's satisfaction that the case is an appropriate one for the superior court's immediate consideration. When there are proceedings pending or underway in the lower courts, and in the absence of any evidence as to why jurisdiction should be assumed under s. 24, the superior court should generally decline to exercise its jurisdiction.

Section 24(1) and the Prerogative Writs

I do not share the view of some that all decisions as regards *Charter* violations should be character-

ordinaires. Pour décider quand il faut faire preuve d'une telle réserve, je suis d'avis que nous devrions en quelque sorte étendre et adapter aux litiges concernant la *Charte*, (comme le suggère le professeur J. C. Levy, *loc. cit.*, à la p. 537) [TRADUCTION] «Une théorie du principe du refus d'exercice de compétence», similaire à la doctrine du *forum non conveniens*.

En droit international privé, on invoque la doctrine du *forum non conveniens* pour décliner compétence lorsqu'il existe un autre for mieux à même de connaître de l'affaire. La doctrine ne s'applique que si le demandeur a le choix du for où faire valoir sa demande et que le choix effectué impose un fardeau indu au défendeur. La doctrine est bien établie en *common law* canadienne: *Antares Shipping Corp. c. Le navire "Capricorn"*, [1977] 2 R.C.S. 422. Si certains doutes ont été exprimés quant à son existence au Québec (voir *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.); *contra: Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465), je pense qu'on devrait pouvoir recourir à une doctrine semblable partout au Canada dans le cas de demandes en vertu du par. 24(1).

En effet, la compétence résiduelle des cours supérieures fait en sorte qu'elles détiennent ce pouvoir discrétionnaire et, en vertu du par. 24(1), elles peuvent et doivent décliner compétence lorsque, de l'avis de la cour supérieure, c'est la juridiction de jugement qui est la mieux à même d'évaluer et d'accorder la réparation «convenable et juste». On a déjà indiqué ces cas.

C'est donc à celui qui invoque la *Charte* que devrait incomber de démontrer, à la satisfaction de la cour, que le cas d'espèce justifie de saisir immédiatement la cour supérieure. Lorsqu'une instance est pendante ou en cours devant les juridictions inférieures, et en l'absence de preuve l'autorisant à se présumer compétente en vertu de l'art. 24, la cour supérieure devrait normalement décliner sa compétence.

Le paragraphe 24(1) et les brefs de prérogative

Je ne partage pas l'avis avancé par ceux qui disent que toutes les décisions concernant des vio-

ized as jurisdictional in order to provide access to the superior courts through review by way of the prerogative writs of *certiorari*, prohibition or *mandamus* (Manning, Morris, *op. cit.*, at pp. 477-78; Gold, Alan D., *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27-28; *contra*: Levy, J. C., *loc. cit.*, at p. 539; Ewaschuk, E. G., *loc. cit.*, at pp. 70-71). The superior court's concurrent original jurisdiction meets that need. We should not distort our prerogative writs, which have been developed in Canadian law and procedure over time, to become *ipso facto* instruments of review under the *Charter*. The use of such an expanded notion of jurisdictional error would unnecessarily alter the prerogative writ process beyond recognition.

On the other hand, certain *Charter* violations are the result of the manner in which a person is being processed through the criminal courts. Decisions as to whether such violations have or have not occurred, and decisions concerning the appropriate remedies, may also raise a bona fide jurisdictional issue. I find that such is always the case for a violation of an accused's rights under s. 11(b). For reasons I will be expanding upon further on, I am of the view that a person charged has the right not to be tried beyond a reasonable time. Beyond that time no court has jurisdiction to try that person. This includes the right to see the proceedings come to an end, whatever be the stage at which they are. In such cases, is the accused, who is at the preliminary inquiry stage, who is entitled to immediate relief, who does not want to wait till after committal to go to the trial court, and who seeks relief through the prerogative writs confined to that route and its remedial limitations; conversely, is he who seeks relief under s. 24(1) precluded from a right of appeal he would have enjoyed under the writs? Must the accused bring two applications? What about appeal?

As a first observation it is clear that it is not because a jurisdictional error is also a *Charter* violation that a person should be denied access to a traditional common law redress. This would offend s. 26 of the *Charter*:

lations de la *Charte* doivent être qualifiées de décisions relatives à la compétence, ce qui permettrait de saisir les cours supérieures par l'examen judiciaire au moyen des brefs de prerogative de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus* (Manning, Morris, *op. cit.*, aux pp. 477 et 478; Gold, Alan D., *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27 et 28; *contra*: Levy, J. C., *loc. cit.*, à la p. 539; Ewaschuk, E. G., *loc. cit.*, aux pp. 70 et 71). La compétence initiale concurrente de la cour supérieure répond à ce besoin. Nous ne devrions pas déformer nos brefs de prerogative, développés par le droit canadien et la procédure au cours des âges, pour en faire *ipso facto* des instruments d'examen judiciaire sur le fondement de la *Charte*. L'usage d'une telle notion élargie de l'erreur de compétence déformerait inutilement la procédure des brefs de prerogative.

D'autre part, certaines violations de la *Charte* résultent du traitement que les tribunaux en matière criminelle imposent à une personne. Décider de l'existence ou de l'absence de telles violations et des réparations appropriées peut aussi soulever un conflit réel de compétence. Je constate que c'est toujours le cas lorsqu'il y a violation des droits de l'inculpé en vertu de l'al. 11(b). Pour des raisons que je développerai plus loin, je suis d'avis que l'inculpé a le droit de ne pas être jugé passé un délai raisonnable. Ce délai expiré, aucun tribunal ne détient la compétence *ratione personae* de le juger. Ceci comprend le droit de voir les procédures prendre fin, indépendamment de leur étape. Dans de tels cas, l'inculpé qui en est à l'enquête préliminaire, qui a droit à un recours immédiat, qui ne veut pas attendre d'être renvoyé à procès et qui demande réparation en recourant aux brefs de prerogative est-il confiné par ce cheminement et ses réparations limitées ou, à l'inverse, s'il demande réparation en vertu du par. 24(1), perd-il le droit d'appel dont il aurait joui en vertu des brefs? L'inculpé doit-il exercer les deux recours? Qu'en est-il de l'appel?

On fera d'abord observer qu'il est clair que ce n'est pas parce qu'une erreur de compétence constitue aussi une violation de la *Charte* que le justiciable doit se voir refuser l'exercice des voies de recours traditionnels de la *common law*. Ce serait contraire à l'art. 26 de la *Charte*:

26. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

An applicant should not lose the right to appeal a decision regarding a jurisdictional error because he or she chose to raise the matter through a s. 24(1) application in order to have access to greater remedial powers.

On the other hand, if a superior court on a writ application is seized of a jurisdictional issue which also constitutes a *Charter* violation I see no purpose, in fact I find some difficulty and practical disadvantages, in dispersing the remedies, in requiring an applicant to bring two proceedings, and possibly two hearings of the same events.

Rather, if the *Charter* violation is one that would also go to jurisdiction under the common law, or is one that would vitiate the courts' jurisdiction to proceed, as I find a s. 11(b) violation to be, a person should be able to seek and obtain full relief in the superior court through an application under s. 24(1) and/or the prerogative writs.

The availability of such a choice leads to difficulties, however, when allegations in issue in one proceeding brought under either a s. 24(1) application or a writ proceeding give rise to a remedy under both the *Charter* and the prerogative writs. Such is also the case when there are two proceedings. Must the applicant proceed to one courtroom to have the lower court decision quashed under the common law by the prerogative writ and then to another in order to obtain such additional remedy as may be just and appropriate under the *Charter*? I think not. I stated at the outset that we should not let procedure stand in the way of a remedy. Therefore, regardless of whether the superior court is exercising its jurisdiction on a s. 24(1) application or on a prerogative writ application, and whether it is in the same, or in distinct proceedings, when the allegations are of a violation that vitiates the court's jurisdiction, as is the case for a violation of s. 11(b), it should

26. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

^a Le requérant ne doit pas perdre son droit d'en appeler d'une décision sur la compétence parce qu'il a choisi de recourir au par. 24(1) afin de profiter de voies de droit élargies.

^b D'autre part, si une cour supérieure, au cours d'une demande de bref, est saisie d'une question de compétence qui constitue aussi une violation de la *Charte*, je ne vois aucune raison, en fait j'y vois certaines difficultés et certains désavantages pratiques, de morceler les voies de recours en exigeant que le requérant intente deux procédures, et plaide peut-être à deux auditions concernant les mêmes événements.

^c Au contraire, si la violation de la *Charte* est du genre de celle que la *common law* interpréterait aussi comme une question de compétence, ou qui vicierait le pouvoir des tribunaux de l'entendre, comme à mon avis c'est le cas de la violation de l'al. 11(b), le justiciable devrait pouvoir obtenir gain de cause devant la cour supérieure sur le fondement du par. 24(1) ou des brefs de prérogative ou des deux à la fois.

^d Cette possibilité de choix conduit néanmoins à certaines difficultés lorsque les allégations en cause dans la procédure engagée selon le par. 24(1) ou selon un bref de prérogative, donnent lieu à réparation à la fois en vertu de la *Charte* et en vertu des brefs. C'est aussi le cas lorsqu'il y a deux instances. Le requérant doit-il demander dans une salle d'audience la cassation de la décision de la juridiction inférieure sur le fondement de la *common law*, par la voie du bref de prérogative, et ensuite dans une autre salle, afin d'obtenir toute réparation supplémentaire qui pourrait être juste et convenable en vertu de la *Charte*? Je ne le pense pas. J'ai dit dès le début que nous ne devrions pas laisser la procédure faire obstacle à la réparation. Donc, que la cour supérieure exerce sa compétence sur le fondement d'une demande en vertu du par. 24(1) ou sur le fondement d'une demande de bref de prérogative, et que ce soit par une seule procédure ou par des procédures distinctes, lorsque les

act as if both routes had been taken and deal with both aspects at the same time. This simplified procedure will provide access to a full panoply of available remedies within the one hearing, thereby saving time and expense.

Moreover, the discretionary nature of the superior court's jurisdiction in respect of both a s. 24(1) application and that for a prerogative writ should not act as a bar to this simplified procedure. For the exercise of discretion in both applications is guided by similar policy considerations and can be generally expected to yield a similar result.

This procedure does not, however, address the apparent additional difficulty occasioned by the differences in the availability of appeals.

Before addressing that difficulty I should like to stress that what, in practice, will be the best way to accommodate this need for flexibility in order to ensure easy and satisfactory access to the superior courts for *Charter* violations that are also jurisdictional must be finally devised and decided upon by local authority, in this case the superior courts of each province, not to mention the fact that Parliament and the legislatures will probably want to modify the existing system to meet the exigencies of the *Charter*. The superior courts of our country have always demonstrated the greatest of flexibility as regards procedure, acknowledging that it is there to guarantee rights and not to hinder them. Of course *Charter* applicants cannot disregard local practice and rules that have been developed to ensure a fair hearing to all and the ordinate functioning of the court system.

Appeals

As the constitutionality of the charging section in this appeal has not been challenged, the question whether an appeal might lie from an inter-

allégations portent sur une violation qui vicie la compétence de la cour, comme c'est le cas lorsqu'il y a violation de l'al. 11(b), la cour devrait se comporter comme si les deux moyens avaient été utilisés et connaître de ces deux aspects en même temps. Cette procédure simplifiée donnera accès à toute la panoplie des réparations disponibles dans une même audition, économisant ainsi temps et argent.

En outre, la nature discrétionnaire de la compétence de la cour supérieure tant dans le cas d'une demande en vertu du par. 24(1), que dans celui du bref de prérogative, ne devrait pas faire obstacle à cette procédure simplifiée. Car l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'une comme dans l'autre est guidé par des considérations de principe similaires permettant de s'attendre, en général, à un résultat semblable.

Une telle procédure ne résoud pas cependant la difficulté apparente supplémentaire que causent les possibilités d'appel différentes.

Avant de résoudre cette difficulté, je voudrais souligner qu'en pratique la meilleure façon de réconcilier le besoin de souplesse, afin d'assurer un accès facile et satisfaisant aux cours supérieures en cas de violations de la *Charte* qui touchent aussi à la compétence, doit être en définitive l'œuvre, tant dans sa conception qu'au niveau de la décision, de l'autorité locale; en ce cas il s'agit des cours supérieures de chaque province, sans oublier que le Parlement et les législatures voudront probablement modifier le système existant pour répondre aux exigences de la *Charte*. Les cours supérieures de notre pays ont toujours fait preuve de la plus grande souplesse en ce qui a trait à la procédure, reconnaissant que son rôle est de protéger les droits et non de les limiter. Les justiciables qui ont recours à la *Charte* ne peuvent évidemment pas passer outre aux règles et usages locaux qui ont été élaborés pour assurer l'audition équitable de tous et le fonctionnement ordonné du système judiciaire.

Appels

Comme la constitutionnalité de l'article sur lequel se fonde l'accusation en l'espèce n'est pas contestée, la question du droit de former appel

locutory decision where the constitutionality of a law has been put in issue need not and should not be decided here. As regards all other cases, I am of the view that, as a general rule, the *Charter* does not confer a right of appeal, nor does it modify the rule that in criminal law there is no appeal from interlocutory findings. In this respect, I agree with the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Morgentaler, supra*, in which it was said, at p. 271:

Section 24(1) does not purport to create a right of appeal or bestow appellate powers on this or any other court. Rather it authorizes those courts which have statutory appellate jurisdiction independent of the *Charter* to exercise the remedial power in s. 24(1) in appropriate cases when disposing of appeals properly brought before the court.

But decisions effectively terminating the proceedings are not, as such, really interlocutory. Such is the case, for example, of a stay of proceedings which has the effect of discontinuing or permanently suspending the proceedings.

In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, Dickson C.J. concluded that a judicially entered stay of proceedings which effectively brings the proceedings to a final conclusion is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. He also noted, at p. 147, that:

A failure to acknowledge a right of appeal in circumstances where the order finally terminates the proceedings, in particular a stay, would seriously impede a rational and consistent development of *Charter* remedies through the appeal and this, at a very critical time in their development. This is particularly true in the case of a stay of proceedings, which is being used increasingly as a *Charter* remedy.

I should mention however that an appeal lies from a decision to enter a stay only if there was jurisdiction in the court to that effect. Trial courts are so empowered, whilst judges sitting at a preliminary are not. For the latter, review is secured through mandamus. Indeed, mandamus is available to the Crown if a lower court ruling is not

d'une décision interlocutoire, lorsque la constitutionnalité d'une loi a été mise en cause, n'a pas à être tranchée en l'espèce et ne devrait pas l'être. Dans tous les autres cas, je suis d'avis qu'en règle générale la *Charte* ne confère pas de droit d'appel, pas plus qu'elle ne modifie la règle voulant qu'en droit criminel on ne peut interjeter appel des décisions interlocutoires. À cet égard, je souscris à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Morgentaler*, précité, où il est dit, à la p. 271:

[TRADUCTION] Le paragraphe 24(1) n'a pas pour objet de créer un droit d'appel ni de conférer une compétence d'appel à cette cour ou à une autre. Il autorise plutôt les tribunaux qui possèdent une compétence d'appel prévue par la loi, indépendamment de la *Charte*, à exercer leur pouvoir d'accorder réparation selon le par. 24(1) dans les cas appropriés lorsqu'ils tranchent les appels régulièrement interjetés devant eux.

Mais les décisions qui mettent effectivement fin à l'instance ne sont pas, à ce titre, interlocutoires. C'est par exemple le cas d'une suspension d'instance qui a pour effet d'arrêter ou de suspendre de façon permanente les procédures.

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, le juge en chef Dickson a conclu qu'une suspension d'instance prononcée par un tribunal, qui met effectivement fin aux procédures, équivaut à un jugement ou à un verdict d'acquiescement dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Il souligne aussi à la p. 147:

La non-reconnaissance d'un droit d'appel dans des circonstances où l'ordonnance met fin définitivement aux procédures, dans le cas notamment d'une suspension, entraverait sérieusement l'élaboration rationnelle et logique de redressements fondés sur la *Charte* au moyen du processus d'appel et ce, à un moment très critique de leur élaboration. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une suspension d'instance qui est de plus en plus utilisée à titre de redressement fondé sur la *Charte*.

Je devrais cependant mentionner qu'il n'est possible d'interjeter appel d'une décision prononçant une suspension que si le tribunal possédait la compétence pour ce faire. Les tribunaux de première instance ont ce pouvoir, mais pas les juges qui siègent aux enquêtes préliminaires. Pour ces derniers, l'examen judiciaire s'obtient par *mandamus*.

subject to appeal and has the effect of terminating the proceedings (*Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, aff'g (1975), 25 C.C.C. (2d) 555 (B.C.C.A.); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.))

Hence, as a general rule, there is no appeal from an interlocutory decision on a *Charter* issue except where the decision has the effect of terminating the extant proceedings.

While stays, and their appeals are not a problem, the real difficulty, to which I have already alluded, is in those cases where the allegations in issue before the superior court give rise to a remedy under both the *Charter* and the prerogative writs. For, there will be only a limited right of appeal on interlocutory *Charter* decisions, but a full right of appeal under the prerogative writs. Indeed, while the findings of the jurisdictional error and of a *Charter* violation arise out of the same facts, and, as such, when disregarding the vehicle chosen are open to appeal, at the remedial end of things only those remedies that would flow from a writ could be said to be open to appeal. Such a result, a truncated review of the remedy, is undesirable.

It could, for example, lead to a situation in which two contradictory decisions would be left standing. That portion of the superior court's disposition of the whole matter quashing the lower court decision on the basis of the prerogative writ power could be overturned by the court of appeal. Yet the other portion granting an affirmative remedy on the basis of s. 24(1) would be left standing. Hence the parties could be placed in the impossible position of having to comply with two valid, but contradictory, decisions.

The difficulty is compounded by the fact that, at the moment of decision, remedies under s. 24(1)

En vérité, Sa Majesté peut recourir au *mandamus* si une juridiction de degré inférieur rend une décision dont on ne peut interjeter appel et qui a pour effet de mettre fin à l'instance (*Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, confirmant (1975), 25 C.C.C. (2d) 555 (C.A.C.-B.); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.))

Ainsi, en règle générale, on ne peut interjeter appel d'un jugement interlocutoire sur une question régie par la *Charte* sauf lorsque la décision a pour effet de mettre fin à l'instance.

Si les suspensions d'instance et les appels à leur sujet ne causent pas de problème, la vraie difficulté, à laquelle j'ai déjà fait allusion, surgit dans les affaires où le litige dont est saisie la cour supérieure donne lieu à réparation tant en vertu de la *Charte* que des brefs de prérogative. En effet, il n'y aura qu'un droit limité d'appel des jugements interlocutoires relatifs à la *Charte*, mais plein droit d'appel en vertu des brefs de prérogative. Alors que les conclusions d'erreur de compétence et de violation de la *Charte* découleraient des mêmes faits, et, en tant que telles, si l'on ne se préoccupe pas du moyen choisi, peuvent faire l'objet d'un appel, lorsqu'on en arrive aux réparations, seules celles qui découlent d'un bref peuvent être considérées comme susceptibles d'appel. Un tel résultat, un examen tronqué de la réparation n'est pas désirable.

Cela pourrait, par exemple, conduire à une situation dans laquelle deux décisions contradictoires demeureraient applicables. La portion de la décision de la cour supérieure cassant la décision de la juridiction de degré inférieur par le recours aux pouvoirs du bref de prérogative, pourrait être infirmée par la cour d'appel. Cependant l'autre portion, celle qui accorde une réparation positive en vertu du par. 24(1), demeurerait exécutoire. Ainsi les parties seraient placées dans l'impossible situation d'avoir à respecter deux décisions valides mais contradictoires.

La difficulté est accrue du fait qu'au moment de la décision, la réparation aux termes du par. 24(1)

and the prerogative writs become inextricably fused. The remedy for jurisdictional error is often to quash the lower court decision. At the same time, in cases where the violation is the result of a decision below, or where the court below has been called upon to make a determination as regards that type of violation, any remedy under s. 24(1) would then, as a necessary first step, quash the lower court judgment. Thus, the quashing of the lower court judgment is at once the remedy for jurisdictional error and an indissociable part of the *Charter* remedy. Any attempt, for appeal purposes, to isolate the one remedy from the other therefore becomes an artificial exercise, given that the quashing of the lower court judgment is common to both. How then, can one salvage desirable accessibility to *Charter* remedies and procedural flexibility and reconcile this fusion of the two remedies with the differences in the appeal process?

Common sense and policy suggest that, in such circumstances, the appeal process must be harmonized. This can be achieved in one of three ways. We could put an end to the appeal under the prerogative writs when they become inextricably bound up in the *Charter* remedy. To do so, however, would run counter to the principle enunciated in s. 26 of the *Charter*. To eliminate or restrict an existing right of appeal such as that found in s. 719(1) of the *Criminal Code*, (the text of which is, in any event, clear and unequivocal as to a general and unrestricted right of appeal) for the simple expedient of harmonizing a common law remedy with s. 24(1) of the *Charter* is, as far as I am concerned, out of question. Furthermore, preserving an appeal of a decision regarding the integrity of the court's process is, for policy reasons, highly desirable.

We could restrict a person and put him or her to his or her choice between the common law remedy through writs and the *Charter* remedy. I have already discarded that approach. I cannot imagine a person's ancient and historical access to the

et celle selon les brefs de prérogative deviennent alors inextricables. L'erreur sur la compétence est souvent sanctionnée par la cassation de la décision de la juridiction de degré inférieur. Dans le même temps, dans les cas où la violation est le fait d'une décision à un degré inférieur, ou lorsque la juridiction de degré inférieur a eu à décider de ce genre de violation, toute réparation en vertu du par. 24(1), dans un premier temps, comporterait nécessairement alors cassation du jugement de la juridiction inférieure. Ainsi, la cassation du jugement de la juridiction inférieure constitue à la fois la voie de droit en cas d'erreur de compétence et une partie indissociable de la voie de droit selon la *Charte*. Toute tentative, aux fins d'appel, d'isoler une voie de droit de l'autre devient donc un exercice artificiel étant donné que la cassation du jugement de la juridiction de degré inférieur est commune aux deux. Comment donc peut-on sauvegarder l'accès souhaitable aux voies de droit de la *Charte* et la souplesse de la procédure et comment réconcilier cette fusion des deux voies de droit avec des procédures d'appel différentes?

Le bon sens et les considérations de principe suggèrent, dans de telles circonstances, d'harmoniser la procédure d'appel. On peut y arriver de trois façons. Nous pourrions supprimer l'appel dans le cas des brefs de prérogative lorsqu'ils sont inextricablement liés aux voies de droit de la *Charte*. Ce serait cependant contraire au principe énoncé à l'art. 26 de la *Charte*. Éliminer ou restreindre un droit d'appel existant comme celui prévu au par. 719(1) du *Code criminel* (dont le texte est d'ailleurs clair et sans équivoque quant à l'existence d'un droit d'appel général et illimité) simplement en vue d'harmoniser les voies de droit de la *common law* avec le par. 24(1) de la *Charte* est, en ce qui me concerne, hors de question. De plus, la préservation d'un droit d'interjeter appel d'une décision concernant l'intégrité de la procédure judiciaire est, selon les considérations de principe, hautement désirable.

Nous pourrions restreindre la liberté d'action du justiciable et le forcer à choisir entre les voies de droit de la *common law*, les brefs, et celui de la *Charte*. J'ai déjà rejeté cette démarche. Je ne puis imaginer restreindre le droit, ancien et historique,

Queen's courts through writs being restricted as a result of the coming into force of the *Charter*. If anything, access should be enhanced not restricted, let alone denied.

Though this approach would address the legitimate concern of some that the review of certain interlocutory decisions under the *Charter* through a jurisdictional challenge would open the "flood-gates" of litigation and invite abuse, such risks were present absent the *Charter*. Challenges of interlocutory findings have always been available by the mere allegation of jurisdictional error. I do not know of any significant abuse in this area in the past on the part of the Bar. Were such a right of review and appeal abused with the introduction of the *Charter*, which I do not expect, other mechanisms of control are available which do not seriously erode common law rights.

Although conscious of the fact that it is not without some difficulty, I find nevertheless that the only acceptable alternative is to acknowledge a wider scope of remedies reviewable on appeal of a jurisdictional finding. In those cases which give rise to both a common law remedy for jurisdictional error or for a violation affecting the extant court's jurisdiction and to a *Charter* remedy, which I find is always the case with respect to a determination under s. 11(b), all remedies may be considered, whatever the vehicle chosen. Given built-in constraints, this, in my view, is the preferable solution. It recognizes the fusion of the two remedies, it seeks to harmonize the appeal process without infringing common law rights and does not introduce delays additional to those already present in the criminal justice process.

Summary

To summarize, given the length and the complexity of this first portion of the opinion I would state the following:

—A court of competent jurisdiction is a court that has jurisdiction over the

du justiciable de s'adresser aux cours royales par la voie des brefs à cause de l'entrée en vigueur de la *Charte*. S'il faut faire quelque chose, c'est élargir l'accès à la justice, non le restreindre, encore moins le nier.

Bien que cette démarche réponde aux craintes légitimes de certains, qui voient dans l'examen de certaines décisions interlocutoires en vertu de la *Charte*, au moyen d'un déclinatoire de compétence, la porte ouverte à un flot de litiges et une invitation aux abus, de tels dangers existaient avant la *Charte*. La contestation des jugements interlocutoires a toujours été possible par simple allégation d'erreur de compétence. Que je sache, il n'y a pas eu d'abus significatif dans ce domaine par le passé de la part des avocats. Dans le cas où ce droit à l'examen et à l'appel feraient l'objet d'abus avec l'introduction de la *Charte*, ce qui me surprendrait, d'autres mécanismes de contrôle existent qui n'érodent pas sérieusement les droits que confère la *common law*.

Quoique conscient que cela ne se fera pas sans difficulté, je conclus néanmoins que la seule option acceptable est de reconnaître une portée plus large aux voies de droit révisables en appel d'une décision sur la compétence. Dans les affaires qui donnent lieu à la fois aux recours de la *common law* en cas d'erreur de compétence ou de violation portant atteinte à la compétence existante de la cour et à ceux de la *Charte*, ce qui, je le constate, est toujours le cas d'une décision fondée sur l'al. 11(b), toutes les formes de réparation peuvent être prises en considération, quel que soit le moyen choisi. Étant donné les contraintes inhérentes, c'est à mon avis la solution préférable. Elle reconnaît la fusion des deux recours, elle tente d'harmoniser la procédure d'appel sans porter atteinte aux droits reconnus par la *common law* et elle n'ajoute pas de délais supplémentaires à ceux que connaît déjà la justice criminelle.

Résumé

Pour résumer, vu la longueur et la complexité de cette première partie de l'opinion, je dirais ce qui suit:

—le tribunal compétent est celui qui a compétence *ratione personae* et *ratione*

person and the subject matter, as well as jurisdiction to order, under the criminal or penal law, the remedy sought pursuant to the *Charter*;

- As a general rule, when there is an extant case, the court of competent jurisdiction is the trial court, and that court enjoys the full panoply of criminal law remedial powers; a
- Magistrates sitting at preliminary hearings are not courts of competent jurisdiction for the purpose of granting remedy under s. 24(1); b
- Magistrates sitting at preliminary inquiries are courts of competent jurisdiction to determine under s. 24(1) whether a violation has occurred for the purpose of excluding evidence under s. 24(2); c
- As soon as the trial court is determined, in cases where no preliminary inquiry is to be held, or if so, as soon as possible after committal, an accused alleging that a s. 11(b) violation has occurred must be afforded a hearing under s. 24(1) before a judge of the court where his trial is to be held; d
- Irrespective of whether or not an application has been made to the extant inferior court, the superior court has a concurrent original jurisdiction; but the superior court has a discretion to decline the exercise of that jurisdiction and will usually leave to the normal trial process and its appeal system the dispensation of *Charter* remedies; e
- Some violations of *Charter* rights affect the jurisdiction of an extant court; f
- A violation under s. 11(b) is jurisdictional, and a finding as regards that violation is jurisdictional in nature; g
- When, in an inferior court, there arises both jurisdictional and *Charter* issues, as h

materiae pour ordonner, en vertu du droit criminel ou pénal, la réparation demandée en vertu de la *Charte*;

- en règle générale, lorsqu'il y a une affaire en cours, c'est le tribunal de première instance qui est compétent et ce tribunal jouit de toute la panoplie des pouvoirs de réparation du droit criminel;
- les magistrats qui siègent aux enquêtes préliminaires ne sont pas des tribunaux compétents aux fins d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1);
- les magistrats qui siègent aux enquêtes préliminaires sont des tribunaux compétents pour déterminer en vertu du par. 24(1) s'il y a eu une violation aux fins d'écarter des éléments de preuve aux termes du par. 24(2);
- dès que le tribunal de première instance est déterminé dans les affaires où il n'y a pas d'enquête préliminaire, ou s'il y en a une, aussitôt que possible après le renvoi à procès, on doit accorder à l'accusé qui allègue une violation de l'al. 11b) une audition en vertu du par. 24(1) devant un juge du tribunal où son procès doit avoir lieu;
- indépendamment de savoir si une demande a été présentée devant le tribunal de degré inférieur, la cour supérieure a compétence concurrente en première instance; mais la cour supérieure a le pouvoir discrétionnaire de décliner cette compétence et laissera habituellement l'attribution des réparations selon la *Charte* au mécanisme normal du procès et de l'appel;
- certaines violations des droits garantis par la *Charte* touchent à la compétence du tribunal saisi;
- une violation aux termes de l'al. 11b) touche à la compétence et une conclusion à cet égard est une conclusion sur la compétence de par sa nature;
- lorsque, devant une juridiction de degré inférieur, on soulève à la fois des ques-

is the case as regards violations to s. 11(b), a person may seek relief in the superior court under either s. 24(1) or the prerogative writs, or both;

—An application to a superior court alleging a jurisdictional violation, is for remedial purposes, to be considered an application under s. 24(1), and, for appeal purposes under s. 719 of the *Criminal Code*, to be considered an application for the issuance of a writ, and, upon such appeal all remedies are open to review;

—This is an exception to the general rule that there is no appeal from an interlocutory decision in criminal matters except where the decision has the effect of terminating the proceedings, such as, for example, the entering of a stay of proceedings.

Application of Principles

This is the first time this Court is invited to address s. 24(1) in more than an incidental way. The jurisdiction of courts in our criminal justice system and the mechanisms of review and of appeal are far from simple, as is well illustrated by the analysis of the procedures and judgments at the beginning of this opinion.

They are largely the product of history and of attempts to meet the exigencies of more recent times.

Any attempt to insert within the system a new recourse, such as that contemplated by s. 24(1) of the *Charter*, cannot be simple and the result can, at best, be no simpler than without the *Charter*.

Therefore in applying the suggested rules to the facts of this case, I have gone beyond what is strictly necessary to dispose of this appeal, in order to illustrate and thereby, hopefully, facilitate an understanding of them in a concrete setting.

Judge Baker, when holding the preliminary inquiry, was not a court of competent jurisdiction

tions de compétence et des questions relatives à la *Charte*, comme dans le cas des violations de l'al. 11b), un justiciable peut s'adresser à la cour supérieure en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ou des brefs de prérogative ou des deux;

—une demande à la cour supérieure alléguant une violation de compétence doit être considérée, aux fins de la réparation, comme une demande en vertu du par. 24(1) et, aux fins d'appel, en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*, comme une demande de bref et, en appel, toutes les décisions sont susceptibles d'examen;

—il s'agit d'une exception à la règle générale voulant qu'il n'y ait pas d'appel d'un jugement interlocutoire en matière criminelle à moins que la décision ait pour effet de mettre fin à l'instance, comme, par exemple, l'inscription d'une suspension d'instance.

e Application des principes

C'est la première fois que cette Cour est saisie du par. 24(1) autrement qu'incidemment. La compétence de nos juridictions répressives et les mécanismes d'examen judiciaire et d'appel sont loin d'être simples, comme l'illustre fort bien l'analyse des procédures et des jugements faite au début de cette opinion.

Elles sont largement le produit de l'histoire et des tentatives faites pour répondre aux exigences des temps plus récents.

Toute tentative d'insérer dans le système un nouveau recours, comme celui qu'envisage le par. 24(1) de la *Charte*, ne saurait être simple et le résultat ne peut, au mieux, être plus simple qu'avant la *Charte*.

Donc, pour appliquer les règles proposées aux faits de l'espèce, je suis allé au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher le pourvoi afin d'illustrer et par le fait même, espérons-le, faciliter leur compréhension dans un cadre concret.

Lorsque le juge Baker a procédé à l'enquête préliminaire, il ne constituait pas un tribunal com-

to grant remedy under s. 24(1). Therefore, the accused should not have addressed his request for remedy to Judge Baker. That remedy was available to the accused in one of two ways. The accused could have waited for committal, and, if committed and as of then, could have asked to be given access to a judge of the court where his trial was to be held and made a pre-trial motion seeking a stay of proceedings. It would be open to the judge to hear the motion or, depending upon the circumstances, defer the matter to when the trial will actually be held. (If he heard the pre-trial motion and entered a stay the Crown could have appealed to the Court of Appeal of Ontario. The same applies if the stay is entered at the actual trial). If having gone there, applicant accused was unsuccessful, he could go to the Supreme Court and seek relief (unless, perhaps, his trial court was in the Supreme Court). This would however be a case where that court would be called upon to weigh the urgency of the matter and the prejudice to the accused against interfering with a trial court's decision, especially in the light of the availability of an appeal at the end of the trial. Much would then depend upon whether there is any urgency or whether the trial court process is itself perpetuating the violation by precluding the accused from having his trial and access to the appeal court.

The other route open to the accused in this case was the one he actually followed, if one sets aside his first move before Judge Baker. He did not need and should not be expected to wait for committal in order to go to his trial court. He could, as he did, make an application under s. 24(1) to the Supreme Court seeking his remedy and that is the better route when a violation of s. 11(b) rights is complete at any stage prior to committal. With respect, Osborne J. was wrong in deciding to the contrary. He could also seek relief through prerogative writ in separate or in the same proceedings, as he chose to do, because the violation he alleged, being of his rights under s. 11(b), went to jurisdiction; and he could on the writ, ask for a complete remedy under the *Charter*. He need not have brought two applications. Either one enabled

peuvent pour accorder une réparation selon le par. 24(1). Donc, l'inculpé n'aurait pas dû s'adresser au juge Baker pour obtenir cette réparation. L'inculpé pouvait l'obtenir de l'une des deux façons suivantes. L'inculpé aurait pu attendre d'être renvoyé à son procès, puis, dans ce cas, il aurait pu demander d'avoir accès à un juge du tribunal chargé d'instruire son procès et présenter une requête avant jugement concluant à une suspension d'instance. Le juge aurait alors pu instruire la requête ou, selon les circonstances, la reporter au moment du procès. (S'il avait choisi d'instruire la requête avant le procès et avait prononcé la suspension, la poursuite aurait pu en appeler à la Cour d'appel de l'Ontario. Il en aurait été de même si la suspension avait été prononcée lors du procès.) Si, ceci fait, le requérant inculpé n'avait pas eu gain de cause, il aurait pu s'adresser à la Cour suprême (à moins peut-être que la première instance ait été dans son cas la Cour suprême). Il s'agirait alors cependant d'une espèce où cette cour aurait eu à soupeser l'urgence de l'affaire et le préjudice susceptible d'être subi par l'inculpé d'une part, et les désavantages d'intervenir dans une décision de la juridiction de première instance alors qu'il y aura possibilité d'appel au terme du procès. Cela dépendrait alors beaucoup de l'urgence ou d'une éventuelle perpétuation, par la procédure de première instance elle-même, de la violation en empêchant le prévenu d'avoir son procès et d'avoir accès à la Cour d'appel.

L'autre moyen ouvert à l'inculpé en l'espèce était celui qu'il a effectivement utilisé, si l'on met de côté sa première requête au juge Baker. Il n'avait pas besoin d'attendre son renvoi à procès pour s'adresser à la juridiction de première instance, et on ne devait pas escompter qu'il attende. Il pouvait, comme il l'a fait, s'adresser, en vertu du par. 24(1), à la Cour suprême pour obtenir réparation, ce qui constitue le meilleur moyen de procéder lorsqu'une violation des droits accordée par l'al. 11(b) a eu lieu à tout stade antérieur au renvoi à procès. En toute déférence, le juge Osborne a eu tort de décider le contraire. Il pouvait aussi chercher réparation par la voie du bref de prerogative dans la même procédure ou dans des procédures distinctes, à son gré, parce que la violation alléguée de ses droits en vertu de l'al. 11(b) touchait à la

Osborne J. to deal fully with both aspects of the violation.

It was open to Osborne J. to decline to grant relief and let matters make their way to within reach of the trial court to be dealt with there. But, given the nature of the violation (jurisdictional), and time being of the essence when considering a remedy, Osborne J. was, in my respectful view, right in exercising his discretion by choosing to decide the matter.

Dependent upon local practice, a matter this Court should refrain from interfering with, Osborne J. could have, if his being in motions court was a practical impediment to his addressing the *Charter* issue, *qua Charter* application, sent the matter to the more appropriate division of his court. In any event he did approach the procedural aspect of the situation with the usual flexibility one finds in our superior courts, and addressed both issues under the writ applications.

Since the violation alleged was of the accused's s. 11(b) rights, and the decision as regards that violation was therefore jurisdictional, it was open to appeal under s. 719 on either the s. 24(1) application or the writ. In passing, and again to illustrate, had there not been writ proceedings alleging loss of jurisdiction for abuse of process, Osborne J.'s decision on the *Charter* would still have been subject to appeal, for the *Charter* application being in relation to an alleged s. 11(b) violation, Osborne J.'s decision was, for appeal purposes, tantamount to one regarding an application for a writ.

The Court of Appeal's judgment was as follows:

We are not persuaded that Osborne J. erred in the conclusion that, in the circumstances of this case, the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time has not been violated and that the delay for which the Crown is responsible did not give rise to relief under the doctrine of abuse of process. The learned motions court judge was of the opinion that the

compétence; et il pouvait, par un bref, demander réparation complète en vertu de la *Charte*. Il n'avait pas à faire deux demandes. L'une ou l'autre permettait au juge Osborne d'examiner à fond les deux aspects de la violation.

Le juge Osborne pouvait aussi refuser d'accorder une réparation et laisser l'affaire suivre son cours jusqu'au stade du tribunal de première instance qui en connaîtrait. Mais, vu la nature de la violation (compétence), et que les délais sont fondamentaux en matière de réparation, le juge Osborne était, à mon humble avis, fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire et à choisir de statuer sur la question.

Selon les habitudes locales, et cette Cour ne devrait pas intervenir là-dedans, le juge Osborne aurait pu, si, en tant que cour des requêtes, il y avait des obstacles pratiques à ce qu'il connaisse d'un litige relatif à la *Charte* en tant que tel, renvoyer l'affaire à une section plus appropriée de la cour dont il fait partie. Quoi qu'il en soit, il a abordé la question de procédure en l'espèce avec la souplesse habituelle de nos cours supérieures et s'est saisi des deux questions sur le fondement des brefs demandés.

Comme la violation alléguée visait les droits de l'inculpé selon l'al. 11b), et que la décision concernant la violation portait donc sur la compétence, elle pouvait être portée en appel en vertu de l'art. 719 qu'il s'agisse d'une demande selon le par. 24(1) ou du bref. En passant, et encore une fois pour illustrer, si la procédure n'avait pas été intentée par un bref alléguant incompétence pour abus des voies de droit, la décision du juge Osborne concernant la *Charte* aurait néanmoins été susceptible d'appel car, la demande fondée sur la *Charte* étant relative à une prétendue violation de l'al. 11b), ladite décision équivalait, pour fins d'appel, à une demande de bref.

L'arrêt de la Cour d'appel est le suivant:

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas convaincus que le juge Osborne a eu tort de conclure que, dans les circonstances de l'espèce, le droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable n'avait pas été violé et que le retard dont la poursuite est responsable ne donne pas lieu à un recours fondé sur la doctrine de l'abus des voies de droit. Le juge de la cour

justice presiding at the preliminary Inquiry pursuant to Part XV of the *Criminal Code* is a court of competent jurisdiction to consider an alleged violation of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We prefer not to express an opinion, in this case, on this question of jurisdiction. For these reasons, the appeal is dismissed.

What is now before us, given that abuse of process as a ground was abandoned in this Court, is whether Osborne J. erred in his decision finding no violation of the accused's *Charter* rights under s. 11(b).

The Facts Relevant to the Jurisdictional Issue and to the Alleged Violation of s. 11(b)

In 1973, Mills was sentenced to eight years in the penitentiary for his involvement in a robbery. On March 8, 1976, Mills escaped custody and a warrant was issued for his arrest. About one year later, while Mills was still unlawfully at large, another warrant for his arrest was issued for an armed robbery in Sarnia. The following month, on March 21, 1977, Mills was arrested in London, Ontario. The next day, March 22, he appeared in Court on the Sarnia hold-up charge under the name of John Blake. Since his true identity was not known at that time, the outstanding warrant for his escape was not executed and, instead of being sent back to the penitentiary he was granted judicial interim release on the Sarnia charge.

On March 30, 1977, an information was sworn and a warrant issued against Mills alleging a hold-up in London on March 24. That is the information we are concerned with in this appeal.

Mills jumped bail on the Sarnia charge and it is only on or about October 18, 1979, that he was arrested in Nova Scotia by the Amherst Police. They notified the London Police, who in turn notified the Sarnia Police. The police forces agreed that the Sarnia charge would be dealt with first, then the London charge. He was therefore sent to Sarnia on or about October 18, 1979. On December 28, 1979, Mills' attorney advised the London Police that Mills was in Sarnia on a charge and that he would "like to clear up the London matter". A few days later, on January 4, 1980, Inspec-

des requêtes a été d'avis que le juge de paix, qui présidait l'enquête préliminaire en vertu de la partie XV du *Code criminel* constituait un tribunal compétent pour connaître d'une violation prétendue de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous préférons n'exprimer aucune opinion en l'espèce sur cette question de compétence. Par ces motifs, l'appel est rejeté.

Ce dont nous sommes saisis, vu que l'abus des voies de droit a été abandonné devant nous, est de savoir si le juge Osborne a eu tort de juger qu'il n'y avait pas violation des droits de l'inculpé conférés par l'al. 11b) de la *Charte*.

Les faits pertinents en matière de compétence et de violation prétendue de l'al. 11b)

En 1973, Mills est condamné, pour sa participation à un vol qualifié, à huit années de pénitencier. Le 8 mars 1976, Mills s'évade et un mandat d'arrestation est lancé contre lui. À peu près un an plus tard, alors que Mills est toujours illégalement en liberté, un autre mandat d'arrestation est lancé contre lui pour vol à main armée à Sarnia. Le mois suivant, le 21 mars 1977, Mills est arrêté à London en Ontario. Le lendemain, le 22 mars, il comparait en justice pour l'affaire du vol à main armée de Sarnia sous le nom de John Blake. Comme sa véritable identité est inconnue à l'époque, le mandat toujours en vigueur relatif à son évasion n'est pas exécuté et, au lieu d'être renvoyé au pénitencier, il obtient une libération judiciaire provisoire relativement à l'inculpation de Sarnia.

Le 30 mars 1977, une dénonciation sous serment est faite et un mandat lancé contre Mills relativement au vol à main armée du 24 mars à London. Il s'agit de la dénonciation en cause dans ce pourvoi.

Mills enfreint son cautionnement relatif à l'inculpation de Sarnia et ce n'est que vers le 18 octobre 1979 qu'il est arrêté, en Nouvelle-Écosse, par les policiers d'Amherst. Ils avisent la police de London qui, à son tour, avise la police de Sarnia. Les forces policières conviennent alors que l'inculpation de Sarnia sera instruite la première, suivie de celle de London. Il est donc conduit à Sarnia vers le 18 octobre 1979. Le 28 décembre 1979, l'avocat de Mills avertit la police de London que Mills est à Sarnia, où il est inculpé, et qu'il désire [TRADUCTION] «se débarrasser de l'affaire de

tor Robinson acknowledged receipt of the letter and said that he would be ready when the Sarnia matter was terminated. There is at this point some confusion as regards what in fact happened with respect to the Sarnia charge.

According to the Crown, on February 28 and 29, 1980, a preliminary was held in Sarnia dealing with three charges, the Sarnia hold-up, a charge for being unlawfully at large and one for acknowledging an instrument in the name of another (s. 363 of the *Criminal Code*). Mills was committed for trial on the robbery, pleaded guilty to being unlawfully at large and sentenced to four months to be served consecutively to his penitentiary term, and discharged of the s. 363 charge. Always according to the Crown, on April 2, 1980, an indictment was presented in the General Sessions of the Peace. The case was adjourned to the fall sittings, apparently on consent. Defence counsel was not present. Sometime between April and December defence counsel was advised by the Sarnia Police that they could not prove the case against Mills. On December 8, 1980 appellant elected for trial by judge alone and on that same day, the Crown being unable to lead evidence, he was acquitted of the Sarnia hold-up.

On the other hand, according to Mills, the Sarnia robbery charge was withdrawn on February 28, 1980.

After the disposition of the Sarnia charge, Mills was sent back to the penitentiary to serve the balance of his 1973 sentence, instead of going to London to face the outstanding charge. There is confusion however as to the precise date of the disposition. On September 16, 1981, the penitentiary authorities, in contemplation of his upcoming release scheduled for October 26, 1981, contacted the London Police. They took charge of the prisoner on September 24 and he appeared in London the next day, the 25th. There was an adjournment to September 29, then to October 1 for a show cause hearing, as a result of which he was granted bail. Matters were then adjourned to October 30

London». Quelques jours plus tard, le 4 janvier 1980, l'inspecteur Robinson accuse réception de la lettre et se déclare prêt à procéder dès que l'affaire de Sarnia sera terminée. Il y a à ce point-ci une certaine confusion quant à ce qui s'est vraiment passé au sujet de l'inculpation de Sarnia.

D'après la poursuite, les 28 et 29 février 1980, une enquête préliminaire eut lieu à Sarnia, portant sur trois inculpations, le vol à main armée de Sarnia, une inculpation d'avoir été illégalement en liberté et une autre de reconnaissance d'un instrument sous un faux nom (art. 363 du *Code criminel*). Mills a été renvoyé à son procès pour le vol qualifié, a plaidé coupable d'avoir été illégalement en liberté et a été condamné à une peine de quatre mois, à être purgée consécutivement à sa peine de pénitencier, et a été libéré de l'inculpation sous l'art. 363. Toujours d'après la poursuite, le 2 avril 1980, la Cour des sessions générales de la paix était saisie d'un acte d'accusation. L'affaire fut ajournée à la session d'automne, apparemment avec le consentement mutuel des parties. L'avocat de la défense n'était pas présent. À un certain moment, entre avril et décembre, la police de Sarnia a notifié l'avocat de la défense qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves contre Mills. Le 8 décembre 1980, l'appelant choisissait d'être jugé par un juge seul et, le même jour, faute de preuves suffisantes réunies par la poursuite, il était acquitté du vol à main armée de Sarnia.

D'autre part, d'après Mills, l'inculpation de vol qualifié à Sarnia fut retirée le 28 février 1980.

L'inculpation de Sarnia résolue, on renvoya Mills au pénitencier purger le reste de sa peine de 1973, au lieu de l'envoyer à London pour répondre à l'inculpation toujours pendante là-bas. Cependant, la date précise de la décision est incertaine. Le 16 septembre 1981, les autorités pénitentiaires, anticipant sa libération prévue pour le 26 octobre 1981, ont communiqué avec la police de London. Ceux-ci prirent en charge le prisonnier le 24 septembre et il comparut à London le lendemain, soit le 25. Il y a eu ajournement au 29 septembre, puis au 1^{er} octobre, pour une audience de justification, à la suite de laquelle il obtint un cautionnement. L'affaire fut alors ajournée au 30 octobre, puis au

and then to February 10, 1982, for a preliminary inquiry. On the first of February, at the request of the accused, it was brought forward to be adjourned to May 18. In April, the *Charter* came into force and on May 18, Mills made a motion to stay the proceedings under s. 24(1) for a violation of his rights under s. 11(b).

I fear that whoever reads this narrative will have to draw a chart, as I did for myself, in order to get an overview of the situation. To clear up matters, hopefully to some degree, I should refer to the position taken by appellant and respondent as regards the events and their qualification.

Appellant does not, quite understandably, rely on any delay occurring prior to his arrest in October 1979. As of then however, he does complain that some thirty-one months elapsed until the commencement of the preliminary inquiry (May 18, 1982), and that, within those thirty-one months, nineteen months elapsed between the end of the proceedings in the Sarnia hold-up and the appellant's first appearance on the London charge.

Respondent-Crown qualifies the thirty-one months as follows:

1. The delay from October 1979 (the arrest) to April 1980 (6 months) is "neutral" and was required to dispose of the Sarnia charges;
2. The nine months that elapsed thereafter are the result of the mutual conduct of the parties in letting the Sarnia charges lie till December 1980;
3. The Crown acknowledges that the subsequent ten months (December 1980 to September 1981) are "attributable to the negligent but nonintentional conduct of the Crown";
4. The period of time from the first appearance to February 1982 is attributable to neutral reasons;
5. Three months are attributable to the specific request of the appellant's lawyer (February 1982 to May 1982).

10 février 1982 pour l'enquête préliminaire. Le 1^{er} février, à la demande de l'inculpé, on le fit comparaître afin d'ajourner au 18 mai. En avril, la *Charte* entra en vigueur et, le 18 mai, Mills fit une requête en suspension d'instance en vertu du par. 24(1) pour violation des droits que lui confère l'al. 11b).

Je crains que tout lecteur de cet exposé des faits ait à tracer un schéma, comme j'ai dû le faire, pour avoir une vue d'ensemble de la situation. Pour clarifier les choses, dans une certaine mesure je l'espère, je vais exposer les positions prises par l'appellant et l'intimée au sujet de ces événements et de leur qualification.

L'appellant n'invoque pas, cela se comprend, tout délai antérieur à son arrestation d'octobre 1979. À compter de ce moment toutefois, il se plaint effectivement de ce qu'un délai de quelque trente et un mois s'est écoulé avant l'ouverture de l'enquête préliminaire (18 mai 1982) et aussi de ce que, dans ces trente et un mois, dix-neuf mois se sont écoulés entre la clôture de la poursuite relative au vol à main armée de Sarnia et sa première comparution relativement à l'inculpation de London.

La poursuite-intimée qualifie ces trente et un mois comme suit:

1. le délai allant d'octobre 1979 (date de l'arrestation) à avril 1980 (six mois) est «neutre» et était nécessaire pour disposer des inculpations portées à Sarnia;
2. les neuf mois écoulés ultérieurement sont imputables à la conduite mutuelle des parties qui ont laissé pendante l'inculpation de Sarnia jusqu'en décembre 1980;
3. la poursuite reconnaît que les dix mois subséquents (de décembre 1980 à septembre 1981) sont [TRADUCTION] «attribuables à la négligence, mais non à une conduite intentionnelle, de la poursuite»;
4. l'intervalle de temps écoulé depuis la première comparution en février 1982 est attribuable à des raisons neutres;
5. trois mois sont attribuables à une demande précise de l'avocat de l'appellant (de février 1982 à mai 1982).

The record in this case is most unsatisfactory and is, to say the least, confusing. The facts given to this Court are not, to some degree, those given below; and even the extent of the divergence is uncertain. The appellant says that the Sarnia hold-up charge terminated on February 28, 1980. The respondent says that some time between April and December 1980, the police advised the defence that they could not prove that charge against Mills and that the charge would be withdrawn; and that, in fact, the accused was indicted and acquitted on December 8, 1980. I will address this disagreement shortly.

The Judgments

As appellant does not rely in this Court on his allegations in the courts below of "abuse of process", I will not refer to the disposition of that ground in those courts.

Provincial Court

Judge Baker dismissed the application relying on what Eberle J. of the Ontario Supreme Court, had said in *Potma and The Queen, supra*. In essence, Eberle J.'s conclusions, at least those upon which Judge Baker appears to have rested his disposition of the motions, are found at p. 27 and are as follows:

... I conclude that s. 24 can only be applied to rights which are guaranteed by the Charter; and that means only on and after the Charter became law.

Judge Baker, immediately after this quote, interjected the following comment: "Which as I have indicated of course was April 17, 1982". Judge Baker then further quotes a portion of Eberle J.'s reasons, the conclusion of which was that "s. 24 must be considered to have a prospective effect".

Judge Baker then disposed of the motion in the following terms (1982), 2 C.R.R. 300 at p. 311:

It is my view, and my opinion, that substantive legislative changes in the law and [sic] are not merely procedural differences and as a result are presumed not to be retrospective unless expressly so stated, and there is nothing in the Charter to so state.

Le dossier dans cette affaire est des plus insatisfaisant et, pour le moins, prête à confusion. Les faits soumis à la Cour ne correspondent pas, jusqu'à un certain point, à ceux exposés devant les juridictions inférieures; et même l'importance de la divergence n'est pas certaine. Selon l'appelant, l'inculpation pour le vol à main armée de Sarnia a été réglée le 28 février 1980. Selon l'intimée, à un certain moment, entre avril et décembre 1980, la police a avisé la défense qu'elle ne pouvait prouver les accusations portées contre Mills et que l'inculpation serait retirée; et en fait, selon l'intimée, l'inculpé a été accusé et acquitté le 8 décembre 1980. Je vais traiter de cette divergence sous peu.

Les jugements

Étant donné que l'appelant ne fait pas valoir devant cette Cour les allégations «d'abus des voies de droit» soulevées devant les juridictions inférieures, je ne me référerai pas aux décisions concernant ce moyen devant ces tribunaux.

Cour provinciale

Le juge Baker a rejeté la demande, s'appuyant sur ce que le juge Eberle de la Cour suprême de l'Ontario avait dit dans l'affaire *Potma and The Queen*, précitée. Essentiellement, les conclusions du juge Eberle, à tout le moins celles sur lesquelles le juge Baker paraît s'être fondé pour statuer sur les requêtes, se trouvent à la p. 27 en ces termes:

[TRADUCTION] ... je conclus que l'art. 24 ne peut s'appliquer qu'aux droits garantis par la Charte, et cela signifie uniquement à compter de l'entrée en vigueur de la Charte.

Le juge Baker, immédiatement après cette citation, ajoute le commentaire suivant: [TRADUCTION] «qui, comme je l'ai dit, bien entendu, remonte au 17 avril 1982.» Le juge Baker cite ensuite une partie des motifs du juge Eberle, dont la conclusion que [TRADUCTION] «l'article 24 doit être compris comme ayant un effet prospectif».

Le juge Baker rejeta alors la requête dans les termes suivants (1982), 2 C.R.R. 300 à la p. 311:

[TRADUCTION] Je suis d'avis et d'opinion que des changements législatifs importants du droit ne sont pas simplement des différences de procédure, et il s'ensuit qu'ils ne doivent pas être présumés rétroactifs à moins que ce ne soit expressément prévu; or il n'y a rien dans la Charte en ce sens.

I am therefore, for the reasons given denying both preliminary motions to stay the proceedings on this charge.

It is clear that Judge Baker's decision was grounded upon his finding that s. 24 had a prospective effect. It is uncertain whether Judge Baker was of the view that, as a result, a remedy under s. 24(1) was available only to persons charged in proceedings instituted after the proclamation of the *Charter*; or whether a prospective interpretation had the effect of limiting the time span relevant to the determination of "reasonableness" to time elapsed after the coming into force of the *Charter*, in this case from April 17 to May 18, 1982.

Supreme Court of Ontario

It would appear that, while the Crown in this Court acknowledges responsibility for ten months of delay, it had conceded before Osborne J. responsibility "for 19 months of the delay between the time that the warrant was issued on March 24th, 1977, and the date upon which the applicant was brought back to London to stand trial [*sic*]" (Osborne J.'s judgment in (1983), 2 C.C.C. (3d) 444 at pp. 448-49). It is on that concession that Osborne J. proceeded and I see no reason why we should, especially given the poor state of the record, assess matters on a different basis. In any event, for reasons hereinafter explained, I am of the view that at least as of the moment that the police knew they had no case, they were duty-bound to dispose of that pending charge with the greatest of expedition.

Osborne J. also found, as a matter of fact, that the rest of the delay was the applicant's fault (at p. 449):

There is no doubt that the 19 months' delay complained of cannot be said to be the fault of the applicant. The other period of delay can equally be said to be the applicant's fault. In that other time-period the applicant appears to have been less than enthusiastic about making his presence known to the authorities.

Regardless of what has been argued in the parties' factums, those are the facts upon which this Court

Donc, pour les motifs donnés, je rejette les deux requêtes préliminaires en suspension d'instance concernant cette inculpation.

Il est clair que la décision du juge Baker est fondée sur sa constatation que l'art. 24 a un effet prospectif. Il n'est pas sûr cependant que le juge Baker ait été d'avis qu'en conséquence une réparation aux termes du par. 24(1) n'est possible que pour les justiciables inculpés après l'entrée en vigueur de la *Charte* ou qu'une interprétation prospective ait plutôt pour effet de limiter l'intervalle de temps à considérer pour déterminer le caractère «raisonnable» du délai à la période écoulée depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, en l'espèce du 17 avril au 18 mai 1982.

Cour suprême de l'Ontario

Il semblerait qu'alors que la poursuite devant nous reconnaît sa responsabilité pour dix mois de délai, elle ait reconnu devant le juge Osborne sa responsabilité [TRADUCTION] «pour 19 mois de délai depuis la date de délivrance du mandat, le 24 mars 1977, jusqu'au jour où le requérant a été ramené à London pour y subir son procès (*sic*)» (jugement du juge Osborne (1983), 2 C.C.C. (3d) 444 aux pp. 448 et 449). C'est sur le fondement de cette concession que le juge Osborne a procédé et je ne vois aucune raison, compte tenu particulièrement de l'état déplorable du dossier, d'évaluer les choses différemment. De toute façon, pour les raisons qui seront données ci-après, je suis d'avis qu'à tout le moins dès le moment où les forces policières ont compris qu'il y avait insuffisance de preuve, elles étaient obligées de régler l'inculpation pendante avec la plus grande célérité.

Le juge Osborne a aussi constaté, en tant que fait, que le reste du retard était dû au requérant à la p. 449:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le délai de 19 mois en cause ne saurait être considéré comme imputable à la faute du requérant. L'autre délai peut par contre être considéré comme imputable à la faute du requérant. Dans cet autre intervalle de temps, le requérant paraît avoir montré fort peu d'enthousiasme à faire connaître sa présence aux autorités.

Indépendamment de ce qui a été soutenu dans les mémoires des parties, ce sont les faits sur lesquels

must determine the issues of law, as undoubtedly did the Court of Appeal of Ontario given the wording of its judgment (*supra*).

Osborne J. then characterized the provisions of s. 11(b) as creating a new right, not merely a "repetition of any common law right to trial within a reasonable time" (p. 456). He said that it was a substantive right, not procedural.

On pre-*Charter* delay he said, at p. 457:

An accused before a court after April 17, 1982, may claim the benefit of the trial within a reasonable time provision of the Charter. Any pre-*Charter* delay is relevant only to the extent that it is to be assessed with post-*Charter* delay, and weighed in the light of that post-*Charter* delay on the general issue of whether the accused has been denied his right to trial within a reasonable time. Put another way, I do not think that a pre-*Charter* delay standing alone, is sufficient to trigger the application of s. 11(b) of the Charter in favour of the accused. The accused's s. 11(b) right does not impose a retrospective obligation on the authorities. A pre-*Charter* delay, however, must be considered as a very significant factor in the over-all determination of trial within a reasonable time, having in mind the delay which has occurred following the coming into force of the Charter. The accused's status as a beneficiary of the Charter right to trial within a reasonable time is established by his appearance before the court after April 17, 1982. The substantive right to trial within a reasonable time is to be assessed in the total circumstances with particular emphasis on the post-*Charter* delay, the reasonableness of which varies depending upon the length of that delay and the length of the pre-*Charter* period of delay. The longer the pre-*Charter* delay, the more quickly the accused should be brought to trial after the Charter came into force.

Regarding factors to be taken into account when assessing the reasonableness of the time, he said that the length of the period of delay was "just one of a number of factors to be taken into account" and included, amongst others, are, "the reason for the delay, the accused's assertion of a right to a speedy trial and prejudice to the accused occasioned by the delay" (p. 457).

la Cour doit se fonder pour décider des points de droit, ce qu'a manifestement fait la Cour d'appel d'Ontario, vu le texte de son jugement (précité).

a Le juge Osborne a alors qualifié les dispositions de l'al. 11b) de créatrices de droit nouveau, et non simplement de [TRADUCTION] «confirmation d'un droit de la *common law*, à un procès dans un délai raisonnable,» à la p. 456, disant qu'il s'agissait b d'une question de fond et non de procédure.

Sur le délai antérieur à la *Charte*, il a dit, à la p. 457:

[TRADUCTION] L'inculpé qui comparaît devant un tribunal après le 17 avril 1982 peut réclamer le bénéfice de la disposition de la Charte garantissant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Tout délai antérieur à la Charte n'est pertinent que dans la mesure où il sera évalué avec un délai ultérieur à la Charte, et en fonction de ce délai ultérieur, lorsque se pose la question générale de savoir si l'inculpé s'est vu refuser le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En d'autres termes, je ne pense pas qu'un délai antérieur à la Charte suffise à lui seul à faire jouer l'al. 11b) de la Charte en faveur de l'inculpé. Le droit dont jouit l'inculpé selon l'al. 11b) n'impose pas une obligation rétroactive aux autorités. Un délai antérieur à la Charte doit cependant être considéré comme un facteur fort significatif lorsqu'il s'agit de décider globalement qu'il y a eu procès dans un délai raisonnable, en ayant à l'esprit le délai qui a suivi l'entrée en vigueur de la Charte. Le statut de l'inculpé en tant que bénéficiaire du droit à un procès dans un délai raisonnable, prévu par la Charte, s'établit par une comparution devant le tribunal postérieure au 17 avril 1982. Le droit matériel d'être jugé dans un délai raisonnable doit être évalué en fonction de toutes les circonstances, en tenant particulièrement compte du délai ultérieur à la Charte, son caractère raisonnable étant fonction de la longueur de ce délai et de celle du délai antérieur à la Charte. Plus le délai antérieur à la Charte aura été long, plus il faudra que l'inculpé soit jugé rapidement après l'entrée en vigueur de la Charte.

En ce qui concerne les facteurs dont on doit tenir compte lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai, il a dit que la longueur de l'intervalle de temps n'est [TRADUCTION] «qu'un des facteurs dont il faut tenir compte» et on trouve notamment parmi ceux-ci, à la p. 457, «les raisons du délai, la revendication par l'inculpé de son droit à un procès rapide et le préjudice que lui cause ce délai».

His finding of no violation took into account, to use his terms at p. 457, "the circumstances of this case, having in mind the cumulative effect of the delay before and after the Charter".

Court of Appeal

As regards the *Charter* application, I have already reproduced their judgment in full. They simply said that they found no error in Judge Baker's conclusion, given the circumstances of the case.

Before considering s. 11(b), two matters can be disposed of succinctly: this Court's jurisdiction as regards the nature of the finding below and the applicability of s. 24(1) to a pre-*Charter* charge.

This Court's Jurisdiction

Understandably, Mr. Doherty, Q.C., acting for the respondent Crown in this Court, has not challenged this Court's right to entertain this appeal on the ground that a determination under s. 11(b) is a finding of fact. Indeed, in *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309, a case before the Court of Appeal for Ontario, in representing the Crown-appellant, he took the position, and was successful when the Crown's right to appeal was challenged, that such a determination was one of law. As the matter is jurisdictional, I think it preferable that a finding in that sense be nevertheless made by this Court, relying upon, amongst others, the decision of this Court in *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279. To this finding I think it advisable that it be added thereto, with approval, the qualifications of Martin J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Heaslip*, *supra*, where he said, at pp. 318-19:

The conclusion whether there has been an infringement of an accused's right to be tried within a reasonable time may of course in some cases depend on the trial judge's view with respect to the credibility of witnesses and his findings of fact as to what occurred, where the facts are in dispute. An appellate court is not entitled on an appeal by the Crown against the decision of a trial court holding that there has been a contravention of s. 11(b) of the Charter to set aside his findings of fact based on his views as to credibility, or to set aside his findings of fact where the facts are in dispute,

Il n'a conclu à aucune violation, en tenant compte, pour reprendre ses termes à la p. 457, [TRADUCTION] "des circonstances de l'espèce, ayant à l'esprit l'effet cumulatif des délais antérieurs et postérieurs à la Charte".

Cour d'appel

Pour ce qui est de la demande fondée sur la *Charte*, j'ai déjà reproduit le texte intégral de son arrêt. Il déclare simplement n'avoir constaté aucune erreur dans la décision du juge Baker vu les circonstances.

Avant d'analyser l'al. 11b), deux points peuvent être réglés succinctement: la compétence de cette Cour en ce qui concerne les décisions des juridictions inférieures et l'applicabilité du par. 24(1) à une inculpation antérieure à la *Charte*.

d Compétence de cette Cour

Il va de soi que M^e Doherty, c.r., qui représente la poursuite intimée devant nous, n'a pas contesté notre droit de connaître du pourvoi au motif qu'une décision relative à l'al. 11b) porte sur des faits. D'ailleurs, dans l'affaire *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309, dont la Cour d'appel d'Ontario avait été saisie et où il représentait la poursuite alors appelante, il a soutenu avec succès que lorsque le droit qu'a la poursuite d'interjeter appel était contesté, la décision portait alors sur une question de droit. Comme il s'agit d'une question de compétence, je crois préférable que la Cour déclare néanmoins qu'il en est ainsi, en s'appuyant notamment sur son arrêt *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279. À cela, je pense qu'il serait souhaitable d'apporter, en les approuvant, les réserves énoncées par le juge Martin dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Heaslip*, précité, aux pp. 318 et 319:

[TRADUCTION] Conclure qu'il y a eu atteinte au droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable peut naturellement, dans certains cas, dépendre de l'opinion du juge du procès sur la crédibilité de certains témoins, et de ses conclusions de fait concernant ce qui s'est passé, lorsque les faits sont contestés. Lorsque la poursuite interjette appel de la décision d'un tribunal de première instance en disant qu'il y a eu contravention à l'al. 11b) de la Charte, une cour d'appel n'est pas autorisée à réformer les conclusions de fait fondées sur la crédibilité, ou à réformer ces conclusions lorsque les

provided there is evidence to support those findings. However, in my view, it is a question of law whether the trial judge has drawn the correct conclusion, from the facts admitted or found by him, that there has been a breach of s. 11(b) of the Charter. The facts in this case are not substantially in dispute.

As it is not in dispute that a determination under s. 11(b) raises a question of law, no more need be said with regard to this Court's jurisdiction to hear this matter.

Section 24 and Pre-Charter Charge

Does s. 24(1) of the *Charter* apply to proceedings instituted prior to the *Charter*?

In *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 Martin J.A., for the Court, addressed that precise question. In that case, the position taken by the Crown was that, while taking into account pre-*Charter* delay was not giving retrospective effect to s. 11(b), to grant a remedy for a delay flowing from a pre-*Charter* charge was giving retrospective effect to s. 24(1) of the *Charter*. Martin J.A.'s comments are as follows, at p. 104:

Patently, s. 24 can be invoked only where a right guaranteed by the Charter is alleged to have been infringed, and I accept, of course, that there cannot be a breach of a new right conferred by the Charter prior to the creation of the right. For example, s. 10(b) of the Charter provides that everyone has the right on arrest 'to retain and instruct counsel without delay *and to be informed of that right*'. The words which I have italicized confer a new right. That right could not be contravened prior to the coming into force of the Charter because the right did not exist: see *R. v. Lee* (1982), 142 D.L.R. (3d) 574, 1 C.C.C. (3d) 327, 30 C.R. (3d) 395 (Sask. C.A.). Where, however, there has been a breach of a right secured by the Charter it would be illogical to hold that the remedy provided by s. 24 for Charter contraventions does not apply merely because the proceeding in which the Charter right was contravened was initiated prior to the coming into force of the Charter, where the contravention occurred after the Charter came into effect. Mr. Rosenberg argued that it would be anomalous where there has been a contravention of a Charter right, if a defendant who had been charged one day after the Charter came into force could invoke the remedy provided by s. 24, but a defendant

faits sont contestés s'il existe des preuves à l'appui de ces conclusions. Toutefois, à mon avis, est une question de droit celle de savoir si le juge du procès a tiré la conclusion appropriée des faits admis ou constatés par lui et portant qu'il y a eu manquement à l'al. 11b) de la Charte. Les faits en l'espèce ne sont pas contestés pour l'essentiel.

Puisqu'il n'est pas contesté qu'une détermination en vertu de l'al. 11b) soulève une question de droit, il n'y a rien d'autre à ajouter en ce qui concerne la compétence de cette Cour à connaître de cette affaire.

L'article 24 et l'inculpation antérieure à la Charte

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* s'applique-t-il à des procédures intentées avant la *Charte*?

Dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, le juge Martin a traité précisément de cette question au nom de la Cour d'appel. Dans cette affaire, la poursuite soutenait que si tenir compte d'un délai antérieur à la *Charte* n'équivalait pas à donner un effet rétroactif à l'al. 11b), accorder réparation pour un délai découlant d'une inculpation antérieure à la *Charte* donnait un effet rétroactif au par. 24(1) de la *Charte*. Voici les commentaires du juge Martin, à la p. 104:

[TRADUCTION] Manifestement, l'art. 24 ne peut être invoqué que si on allègue l'atteinte à un droit garanti par la Charte; je reconnais, naturellement, qu'il ne peut y avoir manquement à un nouveau droit conféré par la Charte avant que ce droit n'ait été créé. Par exemple, l'al. 10b) de la Charte dispose que chacun a droit, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat *et d'être informé de ce droit*». Les termes que j'ai mis en italiques confèrent un nouveau droit. On ne pouvait contrevenir à ce droit avant l'entrée en vigueur de la Charte parce qu'il n'existait pas auparavant. Voir *R. v. Lee* (1982), 142 D.L.R. (3d) 574, 1 C.C.C. (3d) 327, 30 C.R. (3d) 395 (C.A. Sask.). Lorsque, toutefois, il y a eu violation d'un droit garanti par la Charte, il serait illogique de décider que la réparation prévue par l'art. 24 en cas de contraventions à la Charte ne s'applique pas, simplement parce que la procédure au cours de laquelle le droit garanti par la Charte a été enfreint avait été engagée avant l'entrée en vigueur de la Charte, et que la contravention s'est produite après l'entrée en vigueur de la Charte. M^e Rosenberg a soutenu que ce serait anormal, lorsqu'il a y contravention à un droit garanti par la Charte, qu'un défendeur inculpé le lendemain de l'entrée en vigueur de

whose Charter right had been similarly infringed could not invoke the provisions of s. 24 because the proceedings against him were instituted one day before the Charter came into effect. I agree. The provisions of the Charter must be read together and when they are so read it is, in my view, clear that the remedy provided by s. 24 is intended to be applicable to contraventions of rights secured by the Charter which take place in a proceeding being carried on after the Charter even though that proceeding was *instituted* before the Charter. I do not think that such an interpretation of the Charter does violence to any constitutional principle, or, indeed, any principle of statutory interpretation.

I fully agree with Martin J.A.

Section 11(b)

1. Introduction

As I have already noted, s. 11(b) states:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

As of April 17, 1982, all persons charged with an offence who had not yet been tried were entitled to invoke their newly-acquired constitutional right to be tried within a reasonable time. As of that moment, they were enabled to call into question the reasonableness of the time elapsed in bringing them to trial. The first issue of importance for such persons is whether or not the time which had elapsed prior to the coming into force of the *Charter* may properly be taken into consideration in assessing the reasonableness of delay. If pre-*Charter* delay is to be considered, a second issue is whether such delay should receive the same weight as delay subsequent to the coming into force of the *Charter*. These issues are of particular importance in the present case since the major portion of the alleged delay occurred prior to the coming into force of the *Charter*.

I am of the view, however, that it would be premature for me to address the issue of pre-

la Charte puisse conclure à la réparation prévue par l'art. 24, mais qu'un défendeur dont le droit aux termes de la Charte aurait similairement été enfreint, ne puisse pas invoquer les dispositions de l'art. 24 parce que la procédure intentée contre lui l'aurait été la veille de l'entrée en vigueur de la Charte. J'en conviens. Les dispositions de la Charte doivent être interprétées comme un tout, aussi lorsqu'on le fait, il est clair à mon avis qu'on a voulu que la réparation prévue à l'art. 24 soit applicable en cas de contraventions aux droits garantis par la Charte ayant lieu au cours des procédures même si ces dernières ont été *intentées* avant l'entrée en vigueur de la Charte. Je ne pense pas qu'une telle interprétation de la Charte fasse violence à un principe constitutionnel quelconque ou d'ailleurs, à quelque principe d'interprétation des lois.

Je partage entièrement l'avis du juge Martin.

L'alinéa 11(b)

1. Introduction

Comme je l'ai déjà dit, l'al. 11(b) porte:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

À compter du 17 avril 1982, tous les inculpés qui n'avaient pas encore été jugés avaient droit de faire valoir leur droit constitutionnel nouvellement acquis d'être jugés dans un délai raisonnable. À compter de ce moment, ils étaient en droit de contester le caractère raisonnable du délai écoulé avant de leur faire subir leur procès. La première question d'importance concernant ces inculpés est de savoir si on peut ou non tenir compte à bon droit du délai couru avant l'entrée en vigueur de la *Charte* dans l'évaluation du caractère raisonnable de ce délai. S'il faut tenir compte d'un délai antérieur à la *Charte*, une seconde question se pose, faut-il accorder autant de poids à ce délai qu'à celui qui est postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*? Ces points litigieux sont d'une importance particulière en l'espèce, puisque la majeure partie du délai allégué est antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Je suis d'avis toutefois qu'il serait prématuré d'examiner la question du délai antérieur à la

Charter delay without first elucidating the nature and scope of the right found in s. 11(b). The relevance and importance, if any, of pre-*Charter* delay can only be properly understood in the light of the nature, objectives and criteria for the application of s. 11(b) generally. For this reason, I shall first deal with some of the general principles concerning s. 11(b) before addressing the specific issue of pre-*Charter* delay.

2. Nature and Purpose of s. 11(b)

It has already been established by this Court that the proper interpretive approach for the definition of *Charter* rights is a purposive one: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, where Dickson J. (as he then was) wrote at p. 344:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

Section 11(b) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in s. 11(b), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual. Effective enforcement of this *Charter* right, which may from time to time see the guilty go free, will nevertheless also benefit society as a whole. It will ensure, in addition to respect for individual rights, the prompt prosecution and determination of criminal cases, a result which will be welcomed by the innocent and regarded with aversion by many of the guilty. But the societal benefit resulting from the prompt prosecution of criminal cases, though

Charte, sans élargir d'abord la nature et la portée du droit que l'on trouve à l'al. 11b). La pertinence et l'importance, le cas échéant, d'un délai antérieur à la *Charte* ne pourront être réellement comprises qu'en fonction de la nature, des objectifs et des critères d'application généraux de l'al. 11b). Pour cette raison, je traiterai d'abord de certains principes généraux concernant l'al. 11b) avant d'examiner la question précise du délai antérieur à la *Charte*.

2. Nature et objet de l'al. 11b)

La Cour a déjà jugé que le mode d'interprétation à suivre pour définir les droits garantis par la *Charte* doit être téléologique: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef) déclare à la p. 344:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

L'alinéa 11b) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugé dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11b), quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu. La mise en œuvre efficace de ce droit garanti par la *Charte* sauvera parfois un coupable, mais la société dans son ensemble en profitera aussi. En plus du respect des droits individuels, cela assurera la célérité de la poursuite et du jugement dans les affaires criminelles, ce qui sera bien accueilli par l'innocent, mais considéré avec aversion par les coupables. Cependant, le bénéfice social résultant de la célérité à poursuivre en matière criminelle, quoique d'une grande

of great importance, is a by-product of the section; it is not its object.

In my view, the fundamental purpose of s. 11(b) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person of which no one may be deprived except in accordance with the principles of fundamental justice. The purpose of s. 11(b) can, in other words, be ascertained by reference to s. 7 of the *Charter*. Section 11(b) is designed to protect, in a specific manner and setting, the rights set forth in s. 7, though, of course, the scope of s. 7 extends beyond those manifestations of the rights to liberty and security of the person which are found in s. 11. Hence, the focus for the analysis and proper understanding of s. 11(b) must be the individual, his or her interests and the limitation or infringement of those interests.

Historically, the concept of trial within a reasonable time has been closely associated with the remedy of *habeas corpus* and bail and has thus focused on the liberty interest of the accused, specifically, on preventing unduly lengthy detention prior to trial. Dicey wrote of the *Habeas Corpus Act*, 1679 (Engl.), 31 Cha. II, c. 2:

A person is imprisoned on a charge of crime. If he is imprisoned without any legal warrant for his imprisonment, he has a right to be set at liberty. If, on the other hand, he is imprisoned under a legal warrant, the object of his detention is to ensure his being brought to trial In the case of the lighter offences ... he has, generally speaking, the right to his liberty on giving security with proper sureties that he will in due course surrender himself to custody and appear In the case ... of the more serious offences ... a person who is once committed to prison is not entitled to be let out on bail. The right of the prisoner is in this case simply the right to a speedy trial.

The net result, therefore, appears to be that while the Habeas Corpus Act is in force no person committed to prison on a charge of crime can be kept long in confinement, for he has the legal means of insisting upon either being let out upon bail or else of being brought to a speedy trial.

(*The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 217-19).

importance, n'est qu'un bénéfice indirect de l'alinéa; ce n'est pas son but.

À mon avis, l'objet fondamental de l'al. 11b) est d'assurer, dans une structure précise, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne dont nul ne peut être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le but de l'al. 11b) peut, en d'autres termes, être découvert en se référant à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 11b) est conçu pour protéger, d'une manière et dans un cadre précis, les droits énoncés à l'art. 7, quoique la portée de cet article soit plus large que ces manifestations des droits à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on trouve à l'art. 11. Ainsi l'analyse et la bonne compréhension de l'al. 11b) doivent avoir comme point focal l'individu, ses intérêts et leur limitation ou les atteintes dont ils font l'objet.

Historiquement, la notion de procès dans un délai raisonnable a été étroitement associée à l'*habeas corpus* et au cautionnement et a donc été centrée sur l'intérêt qu'à l'inculpé à jouir de sa liberté, plus précisément, sur la prévention d'une détention prolongée indûment avant procès. Dicey écrivait au sujet de l'*Habeas Corpus Act*, 1679 (Angl.), 31 Cha. II, chap. 2:

[TRADUCTION] On incarcère une personne accusée d'un crime. Si elle est emprisonnée sans un mandat légal de dépôt, elle a droit à sa liberté. Si, d'autre part, elle est incarcérée en vertu d'un mandat légal, sa détention a pour objet de s'assurer de sa présence au procès ... Dans le cas des infractions mineures ... elle a, généralement parlant, le droit de conserver sa liberté en fournissant un cautionnement avec les sûretés appropriées garantissant qu'elle se livrera aux autorités le moment venu de comparaître ... Dans le cas ... des infractions plus graves, ... l'individu, une fois envoyé en détention, ne peut plus obtenir de cautionnement. Le droit du détenu dans ce cas est uniquement celui d'être jugé avec célérité.

Le résultat net, donc, semble être que, tant que l'Habeas Corpus Act demeurera en vigueur, une personne incarcérée après inculpation d'un crime ne pourra être détenue longtemps, car elle a à sa disposition les moyens juridiques d'exiger soit sa libération sous cautionnement, soit d'être jugée avec célérité.

(*The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), aux pp. 217 à 219).

In the United States, legislative guarantees of a "speedy trial", modelled on the *Habeas Corpus Act* of 1679, have, it appears, often been construed by the courts as directed solely against protracted pre-trial confinement (Anthony Amsterdam, "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies," 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), at p. 533).

The same emphasis on pre-trial detention and the liberty interest of the accused is found in certain treaty provisions of international human rights law. Article 9(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra*, to which Canada is a State Party, provides:

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

Similarly, Article 5(3) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (November 4, 1950), states:

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

Additionally, under s. 11(b), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" (A. Amsterdam, *loc. cit.*, at p. 533). These include

Aux États-Unis les garanties législatives assurant [TRADUCTION] «d'être jugé avec célérité», modelées sur l'*Habeas Corpus Act* de 1679, ont, semble-t-il, souvent été interprétées par les tribunaux comme visant uniquement la détention prolongée avant le procès (Anthony Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), à la p. 533).

On met aussi l'accent sur la détention avant procès et sur l'intérêt pour l'inculpé de jouir de la liberté dans certaines dispositions des traités internationaux sur les droits de la personne. L'article 9(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, auquel le Canada est partie contractante, porte:

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.

De même, le par. 5(3) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (4 novembre 1950) porte:

Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1c) du présent article doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

En outre, en vertu de l'al. 11b), la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante». (A. Amsterdam,

stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction. These forms of prejudice cannot be disregarded nor minimized when assessing the reasonableness of delay.

The need for protecting the security interest of the individual accused arises from the nature of the criminal justice system and of our society. We have long recognized the need for an open and public criminal system as a vital means of ensuring respect for the integrity of the process. We also acknowledge the necessity of a free and unrestricted press. As a practical matter, however, the impact of a public process on the accused may well be to jeopardize or impair the benefits of the presumption of innocence. While the presumption will continue to operate in the context of the process itself, it has little force in the broader social context. Indeed many pay no more than lip service to the presumption of innocence. Doubt will have been sown as to the accused's integrity and conduct in the eyes of family, friends and colleagues. The repercussions and disruption will vary in intensity from case to case, but they inevitably arise and are part of the harsh reality of the criminal justice process.

Additionally, the process is adversarial and conflictual; the stress and anxiety resulting from a criminal charge is heightened by the very nature of the process.

Although, to some extent, these negative consequences are unavoidable, one of the purposes of s. 11(b) is to limit the impact of such forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur. In other words, while some such prejudice to the accused may be seen as a cost of the very right to a hearing, *a fortiori* a public one, it must nevertheless be kept to a minimum by a speedy determination of criminal responsibility. Hence, in my view, such forms of prejudice leading to impairment of the security of the person may, in and of them-

loc. cit., à la p. 533). Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine. On ne saurait passer ces formes de préjudice sous silence ni les minimiser lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai.

La nécessité de protéger la sécurité de l'individu inculpé tient à la nature même du système de la justice criminelle et de notre société. Nous avons depuis longtemps reconnu la nécessité d'une justice criminelle ouverte et publique comme moyen vital d'assurer le respect de l'intégrité du processus. Nous avons aussi reconnu la nécessité d'une presse libre de toute entrave. En pratique cependant, une justice publique peut fort bien avoir pour effet de mettre en péril ou d'affaiblir les avantages de la présomption d'innocence. Certes, la présomption continuera de jouer dans le cadre du processus lui-même, mais elle n'aura que peu d'effet dans le contexte plus large de la société. D'ailleurs beaucoup ne reconnaissent la présomption d'innocence que du bout des lèvres. Le germe du doute quant à l'intégrité et à la conduite de l'accusé aura été planté vis-à-vis de sa famille, de ses amis et de ses collègues. Les répercussions et perturbations varieront en intensité d'un cas à l'autre, mais inévitablement elles se produiront; elles font partie de la dure réalité du processus de la justice criminelle.

De plus, la justice procède selon une procédure contradictoire et conflictuelle; la nature même du processus judiciaire intensifie la tension et l'anxiété résultant d'une accusation criminelle.

Bien que, dans une certaine mesure, ces conséquences pénibles soient inévitables, l'un des objets de l'al. 11b) est de limiter l'effet de ces différentes formes de préjudice envers l'inculpé en circonscrivant le laps de temps au cours duquel elles peuvent se produire. En d'autres termes, si ce genre de préjudice envers l'inculpé peut, jusqu'à un certain point, être perçu comme le prix de son droit même à se faire entendre, *a fortiori* si l'audience est publique, ce prix doit néanmoins être réduit au minimum par la célérité mise à décider de la responsabilité criminelle. Ainsi, à mon avis, les

selves, constitute a violation of s. 11(b) if allowed to foster over-long.

To those aspects of the liberty and security interests the American courts have added a third, the right to a full and fair defence in a criminal trial, long recognized in Anglo-American case-law. In the case of *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972) at p. 532, Powell J., on behalf of the United States Supreme Court, identified the three interests which the speedy trial right was designed to protect:

(i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. Of these, the most serious is the last, because the inability of a defendant adequately to prepare his case skews the fairness of the entire system.

The defendant will be prejudiced, it is suggested, by delays which lead to the loss of defence evidence, the death or disappearance of key defence witnesses or other forms of impairment of the defence: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970) at p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966) at p. 120.

Such prejudice, however, which impairs the ability of the accused to mount a full and fair defence goes to the fairness of the trial; it is more properly related to the right to a fair trial than to the right to be tried within a reasonable time. Under our *Charter*, the two rights are conceptually distinct and are protected by different sections. Section 11(b) is designed to ensure that the trial occurs with minimal delay whereas ss. 7 and 11(d), among others, ensure that the trial itself is fair. The following comments, although on a separate issue, nonetheless well illustrate the distinction:

... s. 11(b) ensures only that a rapid judicial determination of formal charges will be achieved, whereas ss. 7 and 11(d) provide the overriding guarantee that the

formes de préjudice susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la personne peuvent, en elles-mêmes et d'elles-mêmes, constituer une violation de l'al. 11b), si on devait les alimenter trop longtemps.

À ces aspects des intérêts à jouir de la liberté et de la sécurité, les tribunaux américains ont ajouté un troisième intérêt, le droit à une défense pleine, entière et équitable au cours du procès criminel, droit reconnu depuis longtemps par la jurisprudence anglo-américaine. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 532, le juge Powell, au nom de la Cour suprême des États-Unis a reconnu l'existence des trois intérêts que le droit d'être jugé rapidement était destiné à protéger:

[TRADUCTION] (i) empêcher une incarcération oppressive avant le procès; (ii) atténuer l'angoisse et les inquiétudes du prévenu; (iii) limiter la possibilité d'atteinte aux droits de la défense. De ceux-ci, le plus sérieux est le dernier, car l'incapacité pour un défendeur de préparer adéquatement sa cause fausse l'équité de tout le système.

Le défendeur subira un préjudice, fait-on valoir, en raison des délais qui entraînent la disparition de preuves de la défense, par suite de la mort ou de la disparition de témoins à décharge importants ou autres formes d'atteintes aux droits de la défense: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), à la p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 120.

Un tel préjudice, cependant, lorsqu'il porte atteinte à la capacité du prévenu de se constituer une défense complète et équitable, touche à l'équité du procès; il se rapporte au droit à un procès équitable plutôt qu'au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Aux termes de notre *Charte*, les deux droits sont conceptuellement distincts et protégés par des alinéas différents. L'alinéa 11b) a été conçu de manière à assurer un procès dans un délai minimum alors que l'art. 7 et l'al. 11d), entre autres, garantissent l'équité du procès lui-même. Les commentaires suivants, s'ils portent sur un point distinct, illustrent néanmoins cette distinction:

[TRADUCTION] ... l'alinéa 11b) assure seulement qu'une décision judiciaire rapide sera prononcée en cas d'inculpation formelle, alors que l'art. 7 et l'al. 11d)

integrity of the entire process will always be a matter of prime concern for the court.

("Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time", *per* Graham Garton of the Federal Department of Justice (1984), 46 Nfld. and P.E.I.R. 177 at p. 180).

The distinction between the two rights is fundamental. The "fair hearing" and "fundamental justice" provisions of ss. 11(d) and 7 require that a wider and, to some extent, different range of factors be considered in the analysis of the delay: the conduct of the Crown may be properly considered, timely assertion by the accused of his right and disclosure of the nature of the impairment thereto may be required, remedial relief will be more varied and the length of time elapsed will generally be a less critical factor than under s. 11(b), and is to be considered in a different light, given the difference of purpose for so doing. Indeed, a trial might well be considered unfair because matters were brought to trial too fast.

The American approach, which has appealed to many Canadian courts, identifies the interest in a fair and full defence as part of the rationale for the speedy trial right. This approach appears to be predicated upon the particular wording and structural features of the American Constitution, which differ considerably from the *Charter*. White J. wrote in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968) at pp. 148-49:

The test for determining whether a right extended by the Fifth and Sixth Amendments with respect to federal criminal proceedings is also protected against state action by the Fourteenth Amendment has been phrased in a variety of ways in the opinions of this Court. The question has been asked whether a right is among those 'fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions,' *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), quoting from *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); whether it is 'basic in our system of jurisprudence,' *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 273 (1948); and whether it is 'a fundamental right, essential to a fair trial,' *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v.*

fournissent une garantie fondamentale assurant que l'intégrité de tout le système sera toujours d'un intérêt primordial pour le tribunal.

("Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time", *par* Graham Garton du ministère fédéral de la Justice (1984), 46 Nfld. and P.E.I.R. 177 à la p. 180).

La distinction entre les deux droits est fondamentale. Les mentions de «procès équitable» et de «justice fondamentale» à l'al. 11d) et à l'art. 7 obligent à examiner des facteurs dont la portée est plus large et, dans une certaine mesure, différente de l'analyse du délai: le comportement de la poursuite peut à bon droit être examiné, on pourra demander que le prévenu revendique son droit au moment opportun et divulgue la nature de son préjudice, la nature de la réparation sera plus variée et le laps de temps écoulé constituera généralement un facteur moins critique que sous l'al. 11b) et devra être considéré sous un angle différent vu la différence de l'objet poursuivi. D'ailleurs, on pourra considérer un procès inéquitable parce qu'il a été tenu trop rapidement.

La démarche américaine, retenue par plusieurs tribunaux canadiens, voit l'intérêt d'avoir une défense pleine et entière comme l'une des raisons d'être du droit d'être jugé avec célérité. Cette démarche semble être fonction du texte et de l'économie de la Constitution américaine, laquelle diffère considérablement de la *Charte*. Le juge White a écrit dans l'affaire *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), aux pp. 148 et 149:

[TRADUCTION] Le critère auquel on a recours pour déterminer si un droit qu'accordent le cinquième et le sixième Amendements concernant des poursuites criminelles fédérales est aussi protégé contre une action étatique par le quatorzième Amendement, a été énoncé de diverses façons par la jurisprudence de la Cour. On s'est demandé si ce droit fait partie des «principes fondamentaux de liberté et de justice qui forment la base de toutes nos institutions civiles et politiques»: *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), citant *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); s'il constitue l'un des «fondements de notre philosophie du droit»: *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 273 (1948); et s'il s'agit d'un droit fondamental, essentiel à un procès impartial: *Gideon v. Wainwright*,

Hogan, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965).

(Emphasis added.)

In *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), the Supreme Court held that the Sixth Amendment right to a speedy trial extended to the States by reason of the Fourteenth Amendment due process clause. In so doing, however, the Court further blurred concepts which, under the Canadian *Charter* are quite distinct. The result in the United States is a combination of the liberty, security and defence interests under the mantle of the speedy trial guarantee. It is this very combination which has led to many of the difficulties faced by the American courts in elaborating the right and which is at the root of a number of the criticisms which have been directed against the landmark decision of *Barker v. Wingo*, *supra*. (See for example, H. R. Uviller, "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972); A. Amsterdam, *loc. cit.*)

The Test of Reasonableness

Reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Under s. 11(b), however, as we are dealing with reasonableness as regards the passage of time, we have the advantage of being able to refer to precise stages of proceedings and events.

This is not to say that reasonableness can be predetermined with precision. That would be "falling victim to the tyranny of numbers". But the advantage to be found when dealing with time is that reasonableness can be determined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, e.g. arraignment, the preliminary inquiry, the trial, and the time elapsed between.

In the case of *Barker v. Wingo*, *supra*, the Supreme Court of the United States developed a balancing test and identified four factors which had to be considered in determining whether or not

372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965).

^a (C'est moi qui souligne.)

Dans l'arrêt *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), la Cour suprême a jugé que le droit garanti par le sixième Amendement d'être jugé avec célérité s'appliquait aux États en raison de la clause d'application régulière de la loi stipulée au quatorzième Amendement. Ce faisant, toutefois, la Cour a brouillé encore plus des concepts qui, dans la *Charte* canadienne, sont fort distincts. Il en résulte aux États-Unis que se combinent les intérêts du justiciable à la liberté, à la sécurité et à une défense sous l'aile de la garantie d'être jugé avec célérité. C'est cette combinaison même qui a suscité les nombreuses difficultés auxquelles les tribunaux américains ont dû faire face en disant le droit, et qui est à l'origine de plusieurs des critiques visant l'arrêt de principe *Barker v. Wingo*, précité. (Voir par exemple H. R. Uviller, «*Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle*,» 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972); A. Amsterdam, *loc. cit.*)

Le critère du caractère raisonnable

La notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. À l'alinéa 11b) cependant, comme nous envisageons le caractère raisonnable du délai écoulé, nous avons l'avantage de pouvoir nous référer à des étapes précises des procédures et des événements.

Ceci ne veut pas dire que ce qui est raisonnable peut être fixé à l'avance avec précision. Ce serait «être victime de la tyrannie des chiffres». Mais l'avantage existant lorsqu'on a affaire au délai est que le caractère raisonnable est déterminable grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l'interpellation, l'enquête préliminaire, le procès et l'intervalle de temps les séparant.

Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, la Cour suprême des États-Unis a conçu un critère d'équilibration comportant quatre facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si oui ou non le droit

an accused's right to a speedy trial under the Sixth Amendment to the Constitution of the United States had been violated. The Court wrote at p. 530:

The approach we accept is a balancing test, in which the conduct of both the prosecution and the defendant are weighed.

A balancing test necessarily compels courts to approach speedy trial cases on an *ad hoc* basis. We can do little more than identify some of the factors which courts should assess in determining whether a particular defendant has been deprived of his right. Though some might express them in different ways, we identify four such factors: Length of delay, the reason for the delay, the defendant's assertion of his right, and prejudice to the defendant.

In Canada, there has developed in the lower courts a broad consensus as to the test to be applied when allegations of breach of the right enunciated in s. 11(b) have been raised, it being widely accepted that the 'four factor balancing approach' of *Barker v. Wingo* is the appropriate one (see Graham Garton, Case Comment, *loc. cit.*, at p. 178). The following appellate courts have also adopted the approach in *Barker v. Wingo*: Ontario in *R. v. Antoine*, *supra*; *Re Regina and Beason*, *supra*; and *R. v. Heaslip*, *supra*; Nova Scotia in *Re Rahey and The Queen*, *supra*; British Columbia in *Re Regina and Thompson*, *supra*; and the Northwest Territories in *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205. The Courts of Appeal of Manitoba, New Brunswick and Québec, however, have not adopted the *Barker v. Wingo* approach: *R. v. Belton* (Man.), *supra*; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (N.B.); *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Que.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. ix.

Although I am in substantial agreement that the test to be adopted is a balancing test, I differ with the U.S. Court on the elements which are to be considered and the factors which are to be weighed

d'un prévenu d'être jugé avec célérité en vertu du sixième Amendement de la Constitution des États-Unis avait été violé. La Cour écrit, à la p. 530:

^a [TRADUCTION] La démarche que nous acceptons repose sur un critère d'équilibration où la conduite tant de la poursuite que du défendeur sont soupesées.

^b Un critère d'équilibration force nécessairement les tribunaux à suivre une démarche *ad hoc* dans les affaires où la célérité du procès est en cause. Nous sommes condamnés à nous contenter d'identifier certains des facteurs que devraient évaluer les tribunaux lorsqu'ils ont à décider si un défendeur particulier s'est vu nier son droit. Quoiqu'ils puissent être exprimés d'autres manières, nous pouvons identifier quatre facteurs de ce genre: la durée du délai, la raison du délai, la revendication de son droit par le défendeur et le préjudice qui lui est causé.

^c Au Canada, un large consensus s'est fait au sein des juridictions de degré inférieur quant au critère applicable dans les cas d'allégation d'infraction au droit énoncé à l'al. 11(b); il est largement reconnu que «l'équilibration des quatre facteurs» de l'arrêt *Barker v. Wingo* est le bon. (Voir Graham Garton, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 178). Les cours d'appel suivantes ont aussi suivi la démarche de l'arrêt *Barker v. Wingo*: celle de l'Ontario, dans les arrêts *R. v. Antoine*, *Re Regina and Beason*, et *R. v. Heaslip*, précités; celle de la Nouvelle-Écosse, dans l'arrêt *Re Rahey and The Queen*, précité; et celle de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Re Regina and Thompson*, précité, et celle des Territoires du Nord-Ouest dans l'arrêt *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205. Toutefois, les cours d'appel du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et du Québec n'ont pas adopté la démarche de *Barker v. Wingo*: *R. v. Belton* (Man.), précité; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (N.-B.); *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Qué.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. ix.

^d Si je conviens, pour l'essentiel, que le critère à adopter est un critère d'équilibration, je ne partage pas l'opinion de la Cour suprême des États-Unis quant aux éléments qu'il faut évaluer et aux fac-

in that test. The reason why and the extent to which I disagree is the result of my distinguishing between the Canadian *Charter* and its separate and more thorough treatment of "the fair trial right", and the American situation.

There are, in my view, four factors which must be considered under s. 11(b) in determining the reasonableness of any given delay. These are:

1. the growing impairment of the interests of the accused by the passage of time;
2. waiver of time periods;
3. the time requirements inherent in the nature of the case;
4. institutional resources.

The Growing Impairment of the Interests of the Accused

The interests of the accused which are protected by s. 11(b) have already been identified as the liberty and security of the person. Limitations on the liberty of the accused, as exemplified by pre-trial detention, are easily and objectively ascertainable. However, the liberty interest of the accused may also be impaired by restrictions on the free movement of the individual, imposed while released on bail. Burger C.J. of the United States Supreme Court wrote of the Sixth Amendment in *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982) at p. 8, that "[t]he speedy trial guarantee is designed . . . to reduce the lesser, but nevertheless substantial, impairment of liberty imposed on an accused while released on bail". The same is true of s. 11(b).

With respect to the security of the person, I do not believe that actual impairment need be proven by the accused to render the section operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. Otherwise, each individual accused would have the burden of demonstrating that he or she has subjectively suffered a form of anxiety, stress or stigmatization as a result of the criminal charge. We are dealing

teurs qu'il faut équilibrer en appliquant ce critère. Le motif de mon désaccord et sa portée proviennent de la distinction que je fais entre la *Charte* canadienne, qui traite de façon distincte et plus approfondie du «droit à un procès équitable», et la situation américaine.

Il existe, à mon avis, quatre facteurs dont il faut tenir compte pour décider, conformément à l'al. 11b), du caractère raisonnable de tout délai donné. Ce sont:

1. l'accroissement de l'atteinte aux intérêts de l'inculpé en fonction de l'écoulement du temps;
2. la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
3. les délais inhérents à la nature de l'affaire;
4. les ressources institutionnelles.

L'accroissement de l'atteinte aux intérêts de l'inclupé

Les intérêts de l'inculpé qui sont protégés par l'al. 11b) ont déjà été identifiés comme étant la liberté et la sécurité de la personne. Les limitations apportées à la liberté de l'inculpé, par exemple en cas de détention avant procès, sont facilement et objectivement évaluables. Toutefois on peut aussi porter atteinte à l'intérêt qu'a l'inculpé de jouir de la liberté en restreignant sa liberté de mouvements lorsqu'on le libère sous caution. Le juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis a écrit au sujet du sixième Amendement, dans l'arrêt *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), à la p. 8, que [TRADUCTION] «la garantie d'être jugé avec célérité vise . . . à réduire l'atteinte, moindre mais néanmoins importante, à la liberté de l'inculpé libéré sous cautionnement». Cela est vrai aussi de l'al. 11b).

Au sujet de la sécurité de la personne, je ne crois pas que ce soit à l'inculpé qu'il incombe de prouver qu'il y a effectivement eu atteinte pour que l'article soit applicable. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de cet article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. Autrement, chaque prévenu aurait la charge de démontrer qu'il ou elle a subjectivement souffert d'anxiété, de tension ou de stigmates par suite d'une accusation criminelle. Nous avons largement

largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost.

As Brennan J. noted in *Dickey v. Florida*, *supra*, at p. 54:

... there is usually little chance of conclusively showing the harm sustained by an accused as a result of public accusation. One commentator has stated that '(t)here is no way of proving the prejudice to the accused which occurs outside the courtroom ... the public suspicion, the severing of family and social ties, and the personal anxiety.' Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 *Col. L. Rev.* 846, 864.

Neither should the varying degrees of sensitivity as between individual accused be the focus of the courts' analysis. A subjective approach would not only place a well nigh impossible burden of proof on most accused but might also lead to an unacceptable measure of inequality of treatment.

The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual proven prejudice need not, indeed, is not, relevant to establishing a violation of s. 11(b).

This approach is predicated upon two propositions. First, prejudice is part of the rationale for the right and is assured by the very presence of s. 11(b) in the *Charter*. Consequently, there exists an irrebuttable presumption that, as of the moment of the charge, the accused suffers a prejudice the guarantee is aimed at limiting, and that the prejudice increases over time.

Second, actual prejudice is, therefore, irrelevant when determining unreasonable delay. Actual prejudice will, however, be relevant to a determination of appropriate relief as will be hereafter explained. Prejudice to the liberty and security of the person, the former objectively ascertainable and the latter presumed, must be kept to a minimum if the presumption of innocence is to be respected.

While there may be impairment of the security of the person without concurrent limitations on the

affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu'au prix de difficultés et de frais considérables.

Comme l'a noté le juge Brennan dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, à la p. 54:

[TRANSDUCTION] ... habituellement, il y a peu de chance qu'on puisse démontrer d'une manière concluante le dommage subi par le prévenu par suite d'une accusation publique. Un commentateur a déjà dit «qu'il n'existe aucun moyen de prouver le préjudice que l'accusé subit hors du prétoire ... la suspicion publique, la rupture des liens familiaux et sociaux et l'angoisse personnelle». Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 *Col. L. Rev.* 846, à la p. 864.

Les degrés divers d'émotivité des différents accusés ne devraient pas non plus être le point de mire de l'analyse des tribunaux. Une démarche subjective non seulement imposerait un fardeau de preuve quasi impossible à la plupart des accusés, mais pourrait aussi susciter des inégalités de traitement fort inacceptables.

La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu'un dommage réel prouvé n'a pas à être pertinent, ni d'ailleurs ne l'est, pour établir qu'il y a violation de l'al. 11(b).

Cette démarche se fonde sur deux propositions. En premier lieu, le préjudice constitue l'une des raisons d'être du droit et il découle de la présence même de l'al. 11(b) dans la *Charte*. En conséquence, il existe une présomption irréfragable que, dès l'inculpation, l'inculpé subit un préjudice que la garantie cherche à limiter, et ce préjudice s'accroît avec le temps.

En second lieu, l'existence d'un préjudice réel est donc sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer que le délai est déraisonnable. L'existence d'un préjudice réel deviendra toutefois pertinente lorsqu'il s'agira de trouver la réparation appropriée, comme je l'expliquerai ci-après. Les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne, l'une déterminable objectivement et l'autre présumée, doivent être réduites au minimum si la présomption d'innocence doit être respectée.

S'il peut y avoir atteinte à la sécurité de la personne sans qu'il y ait en conséquence atteinte à

liberty of the accused, the reverse is not equally true. Pre-trial detention or restrictions on the movement of the accused will necessarily be accompanied by a presumptive impairment of the security of the person. In such cases, there is therefore a double impairment as both interests will be affected. It is incumbent upon the government and the courts, in such cases, to accord a first priority to those persons whose interests in both liberty and security of the person have been impaired and particularly to those whose liberty is most severely limited, i.e. those persons who remain in detention prior to and during the trial. Such persons are, in effect, purging a sentence before they have ever been found guilty; while detention may be required under the circumstances of the case it nevertheless represents the most serious transgression of the presumption of innocence and must be limited to the shortest possible time.

Waiver of Time Periods

A second factor which must be considered is waiver of delay by the accused. Regarding waiver, I find the approach taken by this Court towards waiver of statutory procedural guarantees a useful starting point: *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at pp. 49-50:

As a general proposition, I should like to restate here what was said by our brother Dickson J., speaking for the Court, in *Park*, [1981] 2 S.C.R. 64. He was of course speaking of the waiver by counsel of a *voir dire* (at pp. 73-74):

No particular words or formula need be uttered by defence counsel to express the waiver and admission. All that is necessary is that the trial judge be satisfied that counsel understand the matter and has made an informed decision to waive the *voir dire*. (...) Although no particular form of words is necessary the waiver must be express. Silence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver. The question is—does the accused indeed waive the requirement of a *voir dire* and admit that the statement is voluntary and admissible in evidence? If that question can be answered in the affirmative I cannot

la liberté du prévenu, l'inverse n'est pas également vrai. La détention avant procès ou les restrictions imposées aux mouvements du prévenu seront nécessairement accompagnées d'une atteinte présumée à la sécurité de la personne. Dans de tels cas, il y a donc doublement atteinte puisque les deux intérêts seront touchés. Il appartient alors à l'État et aux tribunaux d'accorder priorité aux personnes dont les intérêts tant à jouir de la liberté qu'en matière de sécurité de la personne sont atteints et particulièrement à ceux dont la liberté est la plus sévèrement limitée, c.-à-d. aux justiciables qui sont détenus avant et pendant leur procès. Ces justiciables en effet purgent une peine avant d'avoir été reconnus coupables; si leur détention peut être requise dans les circonstances de l'espèce, il s'agit là néanmoins de la transgression la plus grave de la présomption d'innocence, aussi doit-elle être limitée au plus court laps de temps possible.

La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul

Un second facteur dont il faut tenir compte est la renonciation du prévenu à invoquer le délai. Au sujet de la renonciation, j'estime que la démarche suivie par cette Cour dans le cas de la renonciation aux garanties légales en matière de procédure constitue un point de départ utile: *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, aux pp. 49 et 50:

Comme principe général, je reprends ici les propos de notre collègue, le juge Dickson, qui se prononçait au nom de la Cour, dans l'arrêt *Park*, [1981] 2 R.C.S. 64. Il parlait évidemment de la renonciation au voir dire par l'avocat (aux pp. 73 et 74):

L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire. (...) Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide. La question est de savoir si l'accusé renonce effectivement à l'exigence d'un voir dire et s'il reconnaît que la déclaration est volontaire et recevable comme preuve. Si l'on peut répondre à cette question par l'affirma-

think that any further procedural safeguards are necessary to protect the rights of an accused person.

Indeed the Court is saying in *Park* that the validity of such a waiver, and I should add that that is so of any waiver, is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. This has long been recognized, as is illustrated by many cases, and particularly so by those dealing with a judge's duties as regards a plea of guilty, which is the waiver by an accused of his right to put the Crown's case to the test of a trial. (See amongst others, *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181). The judge's duties concerning any waiver are no different than those on a plea of guilty. The factors he will take into account in determining whether the accused has clearly and unequivocally made an informed decision to waive his rights will vary depending on the nature of the procedural requirement being waived and the importance of the right it was enacted to protect. However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and, in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place.

Delay which is requested, caused by, or consented to, by the accused should normally be excluded from consideration when assessing the reasonableness of the overall period of delay. In some instances, however, the delay requested by the accused may be directly attributable to antecedent delay by the State; for example, where a key defence witness has moved during the delay period and must be traced by the defence. In such circumstances, the delay requested by the accused should not be excluded from consideration. Rather, it should be imputed to the State as part of the overall delay to be assessed.

As regards delay requested or consented to, however, a distinction must be drawn between represented and unrepresented accused. Where an accused, represented by counsel, has requested, or consented to delay, waiver of such delay may be deemed "clear and unequivocal" with "full knowl-

tive, je ne puis croire à la nécessité d'autres moyens de procédure pour protéger les droits d'un accusé.

En fait, la Cour dit dans l'arrêt *Park* que si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. C'est un principe établi depuis longtemps, comme cela ressort d'un bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs du juge à l'égard d'un aveu de culpabilité car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la poursuite à l'épreuve du procès. (Voir, entre autres, *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181). Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé à de façon claire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent.

Le délai demandé, causé ou accepté par le prévenu devrait normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable de la période totale. Dans certains cas cependant, le délai demandé par le prévenu peut être directement attribuable à un délai antérieur dû à l'État par exemple, lorsqu'un témoin à décharge important a déménagé dans l'intervalle et que la défense doit maintenant le retracer. Dans de telles circonstances, le délai réclamé par le prévenu ne devrait pas être exclu de l'examen. Il devrait plutôt être imputé à l'État dans le délai total à évaluer.

Cependant pour ce qui est du délai demandé ou accepté, une distinction doit être faite entre le prévenu qui a pris un avocat et celui qui n'en a pas. Lorsque le prévenu, représenté par un avocat, a demandé ou accepté un délai, la renonciation à faire valoir le délai peut être réputée «claire et non

edge of the rights" and of the "effect the waiver will have on those rights".

Such is not the case for unrepresented accused. Waiver must not only be requested or consented to, but it must also satisfy the requirements set out in *Korponay, supra*. The court, therefore, has a duty to ensure to its satisfaction that the waiver of time is clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver will have on the right.

Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed. Furthermore such waiver does not affect the right but merely excludes such time as is waived from the calculation of reasonable time.

Nor can consent to one period of delay, e.g. an adjournment requested by the Crown, be construed as acquiescence to antecedent delay. It should be noted, however, that, while assertion is not relevant to the computation of time, it might well be relevant to preserving the right to invoke s. 11(b). By this I mean that an accused should not be able to raise delay arising before or during trial on appeal without having asserted his right before the end of the trial.

It should also be noted that the issue of waiver, or consent to delay, will necessitate modifications to current court practices. Provisions will have to be made for properly recording the reasons for adjournments, waiver, or consent to delay by the accused, noting the period of delay to which consent is given and ensuring that such consent is informed.

Finally, I would stress that assertion of his or her s. 11(b) right by the accused is irrelevant to the test of reasonableness and, contrary to the principle stated in *Barker v. Wingo, supra*, is not a factor to be considered or weighed under s. 11(b). Just as consent cannot be inferred from silence, failure to assert the right cannot be a factor

équivoque», «en pleine connaissance des droits ... protégés» et de «l'effet de la renonciation sur ces droits».

a La situation est différente dans le cas du prévenu sans avocat. La renonciation doit non seulement avoir été demandée ou acceptée, mais elle doit aussi satisfaire aux exigences énoncées dans l'arrêt *Korponay*, précité. Le tribunal a donc le b devoir de s'assurer pleinement que la renonciation à invoquer le délai est claire, sans équivoque et éclairée quant au droit auquel on renonce et à l'effet de la renonciation à cet égard.

c Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans les cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée. En outre, cette d renonciation n'anéantit pas le droit, mais exclut simplement la période en question du calcul de la durée du délai raisonnable.

L'acceptation d'un délai, tel un ajournement réclamé par la poursuite, ne saurait non plus être e interprétée comme un acquiescement donné à un délai antérieur. Il faut noter cependant que, bien qu'une revendication ne soit pas pertinente relativement au calcul des délais, elle peut fort bien f l'être pour préserver le droit d'invoquer l'al. 11b). Je veux dire par là qu'un prévenu ne devrait pas pouvoir invoquer un délai antérieur ou contemporain au procès lors de l'appel sans avoir revendiqué son droit avant la fin du procès.

g Il faut aussi noter que la question de la renonciation, ou de l'acceptation du délai, va exiger des changements dans les pratiques judiciaires actuelles. Des dispositions devront être adoptées pour la h consignation appropriée des motifs d'ajournement, des renonciations ou des acceptations du délai par le prévenu, avec une énonciation de la période de délai qui est acceptée et l'assurance que cette acceptation est éclairée.

i Enfin, je souligne que la revendication par le prévenu de son droit selon l'al. 11b) n'a aucun rapport avec le critère du caractère raisonnable et, contrairement au principe exposé dans l'arrêt j *Barker v. Wingo*, précité, ne constitue pas un facteur à examiner ou à évaluer en regard de l'al. 11b). Tout comme le consentement ne peut être

weighed against the accused in the determination of reasonableness.

In the *Barker* case, Powell J. added as a factor the accused's assertion of his right. In so doing, Powell J. endeavoured to distinguish this requirement from the doctrine of waiver while rejecting the "demand rule". At pages 531-32 he went on to suggest that the absence of a demand is one of the factors to be considered.

Whether and how a defendant asserts his right is closely related to the other factors we have mentioned. The strength of his efforts will be affected by the length of the delay, to some extent by the reason for the delay, and most particularly by the personal prejudice, which is not always readily identifiable, that he experiences. The more serious the deprivation, the more likely a defendant is to complain. The defendant's assertion of his speedy trial right, then, is entitled to strong evidentiary weight in determining whether the defendant is being deprived of the right. We emphasize that failure to assert the right will make it difficult for a defendant to prove that he was denied a speedy trial.

Powell J., then, comes very close to accepting the "demand rule" which he had earlier rejected as inflexible and offensive to the basic premise that the courts will not infer waiver of a fundamental right from inaction: *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962).

I have two fundamental problems with this approach, the first concerning the method of waiver, which I have already discussed, and the second concerning what it is that is waived by an accused.

Waiver should, in my view, be seen not as going to the right itself but only to the time waived. This is the problem with the approach taken by Powell J. as it appears, despite disclaimer, to suggest waiver of the right resulting from lack of assertion. Without deciding here the possibility of

déduit du silence, le défaut du prévenu de revendiquer son droit ne saurait être un facteur jouant contre lui dans la détermination de ce qui est raisonnable.

Dans l'arrêt *Barker*, le juge Powell a ajouté comme facteur la revendication par le prévenu de son droit. Ce faisant, le juge Powell a cherché à distinguer cette exigence de la doctrine de la renonciation tout en rejetant la [TRADUCTION] «règle de la demande». Il a poursuivi en proposant que l'absence d'une demande soit l'un des facteurs à considérer, aux pp. 531 et 532:

[TRADUCTION] La décision du défendeur de revendiquer ou non son droit et la façon dont il le fait sont étroitement liées aux autres facteurs que nous avons mentionnés. L'intensité de ses efforts sera proportionnelle à la longueur du délai, dans une certaine mesure aussi à la raison du délai, et plus particulièrement au préjudice personnel qu'il a subi et qui n'est pas toujours facilement identifiable. Plus l'atteinte est grave, plus il y a de chance pour qu'un défendeur s'en plaigne. La revendication par le défendeur de son droit d'être jugé avec célérité devrait donc être considérée comme ayant une force probante importante lorsqu'il s'agit d'établir si le défendeur est privé de son droit. Il nous faut souligner qu'en ne revendiquant pas son droit, il sera difficile pour le défendeur de prouver qu'on a refusé de le juger avec célérité.

Le juge Powell en arrive donc quasiment à accepter la «règle de la demande» qu'il avait auparavant rejetée parce qu'inflexible et faisant injure à la prémisse fondamentale selon laquelle les tribunaux ne considéreront pas l'inaction comme une renonciation à un droit fondamental: *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962).

Cette façon de voir me pose deux problèmes fondamentaux: le premier a trait au mode de renonciation, dont j'ai déjà parlé, et le second a trait à ce à quoi le prévenu renonce.

Une renonciation devrait, à mon avis, être perçue non pas comme une renonciation au droit lui-même, mais seulement au délai qu'elle vise. C'est là le problème que soulève la démarche du juge Powell, car elle semble, malgré l'affirmation contraire, suggérer qu'il y a renonciation au droit

waiver of *Charter* rights, I consider that time should itself be assessed subject to waiver.

Time Requirements Inherent in the Nature of the Case

Two other factors which must be considered by the courts, the requirements inherent in the nature of the case and institutional resources, are closely related. Yet it is important that the two be distinguished if the problem of inadequate institutional resources is to be properly addressed under s. 11(b).

The nature of the case is a factor which has been recognized in both American and international law. Powell J. wrote in *Barker v. Wingo, supra*, at pp. 530-31:

... The length of delay that will provoke such an inquiry is necessarily dependent upon the peculiar circumstances of the case. To take but one example, the delay that can be tolerated for an ordinary street crime is considerably less than for a serious, complex conspiracy charge.

In the *Wemhoff* case, Eur. Court H. R., judgment of 27 June 1968, Series A No. 7 (Publications of the European Court of Human Rights), at p. 15, the European Court of Human Rights also listed "difficulties in the investigation of the case (its complexity in respect of facts or number of witnesses or co-accused, need to obtain evidence abroad, etc.)" as a factor to be considered in determining whether the right to be brought to trial within a "reasonable time", guaranteed by article 5(3) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, had been breached.

The nature of the case is a factor which must necessarily be considered by the courts in assessing the reasonableness of delay. Consideration of this factor means, of course, that the standard of reasonableness will be very flexible and will vary from case to case depending upon the circumstances of each individual case. Yet, it is important to stress that this criterion is wholly objective. It is *not* concerned with the adequacy of institutional

parce qu'on ne l'a point invoqué. Sans me prononcer en l'espèce sur la possibilité de renoncer aux droits garantis par la *Charte*, j'estime que le délai lui-même devrait être évalué sous réserve de renonciation.

Délais inhérents à la nature de l'espèce

Deux autres facteurs dont doivent tenir compte les tribunaux, les délais inhérents à la nature de l'espèce et les ressources institutionnelles, sont étroitement liés. Néanmoins, il importe de les distinguer si la question des ressources institutionnelles inadéquates doit être examinée correctement en vertu de l'al. 11b).

La nature de l'espèce est un facteur reconnu et par le droit américain et par le droit international. Le juge Powell a écrit dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, aux pp. 530 et 531:

[TRADUCTION] ... la longueur du délai que provoquera une telle enquête dépend nécessairement des circonstances particulières de l'espèce. Pour ne prendre qu'un exemple, le délai tolérable dans le cas d'un crime de rue ordinaire est considérablement moindre que dans le cas d'une accusation grave et complexe de complot.

Dans l'affaire *Wemhoff*, Cour eur. D. H., arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7 (Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme), à la p. 15, la Cour européenne des Droits de l'Homme a aussi donné «des difficultés de l'instruction de l'affaire (sa complexité quant aux faits et au nombre des témoins et inculpés, nécessité de recueillir des preuves à l'étranger, etc.)» comme facteur à prendre en considération pour décider si le droit d'être jugé dans un «délai raisonnable», garanti par l'art. 5(3) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, avait été enfreint.

La nature de l'espèce est un facteur dont les tribunaux doivent nécessairement tenir compte en évaluant le caractère raisonnable du délai. L'examen de ce facteur signifie naturellement que la norme du caractère raisonnable sera fort souple et variera avec les cas selon les circonstances de chaque espèce. Néanmoins, il est important de souligner que ce critère est entièrement objectif. Il n'a *aucun* rapport avec la suffisance des ressources

resources; it is *not* concerned with the difficulties which a particular police force, Crown office or court may face in preparing or trying a case that result from institutional inadequacies such as lack of personnel, facilities, etc. Rather, the court must fix an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar. It must determine the period which would normally be required, taking into account the number of charges, the number of accused, the complexity and volume and similar objective elements, for the preparation and completion of the case if fully adequate institutional resources and facilities were available.

For example, if two weeks of testimony are drawn out over six weeks because of lack of facilities and the need to accommodate other commitments, only the two week period could be considered reasonable under this criterion, though, of course, it might possibly be excusable under the criterion of institutional facilities.

Judges will rely heavily upon their practical experience and good sense in determining appropriate time delays. They will not simply assume that a given delay the Crown is seeking to justify under this heading was necessary, but will undertake an objective assessment of the delay which may be required in the circumstances of the case. For example, in a complex conspiracy case, as opposed to a straight forward breaking and entering charge, it may well be that the police and Crown had ample opportunity to investigate and compile evidence prior to the laying of the charge such that the Crown should be able to proceed promptly to trial. In short, the courts must, in assessing the delays which are required by the complexity of the case, seek the greatest degree of promptness which could objectively be met were institutional resources fully adequate to the task.

Powell J. put emphasis on the conduct of the prosecution. This raises with me one of the most critical difficulties with his test, for I am of the view that the conduct of the prosecution, or of the

institutionnelles. Il n'a *aucun* rapport avec les difficultés que certains corps policiers, certains bureaux du substitut du procureur général ou tribunaux auraient rencontrées dans la constitution ou l'instruction d'un dossier par suite de déficiences institutionnelles, tel le manque de personnel, de moyens, etc. Plutôt, le tribunal doit fixer une période de temps objective et réaliste pour la préparation du genre d'affaires dont il est saisi. Il doit déterminer le temps qui serait normalement requis, compte tenu du nombre d'accusations, du nombre d'accusés, de la complexité et du volume de l'affaire et d'éléments objectifs similaires, pour la préparation et la constitution du dossier, s'il disposait de toutes les ressources institutionnelles et de moyens adéquats.

Par exemple, si deux semaines de témoignages sont étendues sur six semaines par suite du manque de moyens et de la nécessité de faire face à d'autres engagements, seule une période de deux semaines pourra être considérée comme raisonnable selon ce critère, bien qu'évidemment cette situation puisse être excusable en vertu du critère des ressources institutionnelles.

Les juges devront souvent faire largement appel à leur expérience pratique et à leur bon sens lorsqu'ils auront à décider de la durée appropriée des délais. Ils ne devront pas simplement présumer qu'un délai donné que la poursuite cherche à justifier sous cette rubrique était nécessaire; ils devront procéder à une évaluation objective du délai requis dans les circonstances de l'espèce. Par exemple, dans une affaire complexe de complot, par opposition à une simple accusation d'introduction par effraction, il se pourra que la police et la poursuite aient eu amplement l'occasion d'enquêter et de réunir des preuves avant l'inculpation, de sorte que la poursuite devrait pouvoir procéder rapidement au procès. En bref, les tribunaux doivent, en évaluant les délais requis par la complexité de l'affaire, rechercher le plus grand degré de célérité qui pourrait objectivement être atteint si les ressources institutionnelles étaient parfaitement adéquates.

Le juge Powell a mis l'accent sur le comportement de la poursuite. C'est cet aspect de son critère qui pose à mon sens les plus grandes difficultés, car je suis d'avis que le comportement de la

judicial authorities for that matter, is largely irrelevant to the determination of reasonableness under s. 11(b).

Powell J. wrote, in *Barker v. Wingo, supra*, at p. 531:

Here, too, different weights should be assigned to different reasons. A deliberate attempt to delay the trial in order to hamper the defense should be weighted heavily against the government. A more neutral reason such as negligence or overcrowded courts should be weighted less heavily but nevertheless should be considered since the ultimate responsibility for such circumstances must rest with the government rather than with the defendant. Finally, a valid reason, such as a missing witness, should serve to justify appropriate delay.

He thus identifies three different types of reasons for delay: governmental misconduct, errors of circumstance, and institutional limitations.

The first is "deliberate" delay designed to "hamper the defense"; it is to be "weighted heavily" against the government. This is in accord with the view expressed by Brennan J. in *Dickey v. Florida, supra*, at p. 43, that:

Deliberate governmental delay in the hope of obtaining an advantage over the accused is not unknown. In such a circumstance, the fair administration of criminal justice is imperiled. The Speedy Trial Clause then serves the public interest by penalizing official abuse of the criminal process and discouraging official lawlessness Thus the guarantee protects our common interest that government prosecute, not persecute, those whom it accuses of crime.

The purpose of s. 11(b), however, is not to penalize or sanction misconduct by the authorities. The section is concerned not with abuse of process but with abusive process. The Crown's motives, whatever they may be, do not render a reasonable delay unreasonable nor can they transform an unreasonable delay into a reasonable lapse of time. Thus, whether the delay is the result of malice, negligence or inadvertence is of little import, the remedy being in all cases at least a stay, except, of course, when considering additional remedies, such as damages.

poursuite, ou même d'ailleurs des autorités judiciaires, est largement sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est raisonnable selon l'al. 11b).

Le juge Powell a écrit, dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, à la p. 531:

[TRADUCTION] Ici aussi, un poids différent doit être attribué à différentes raisons. Une tentative délibérée de retarder le procès dans le but de nuire aux droits de la défense devrait peser lourdement contre le gouvernement. Un motif plus neutre, tels la négligence ou des tribunaux surchargés, devrait peser moins lourd, mais néanmoins être pris en considération puisque la responsabilité ultime de telles circonstances doit reposer sur le gouvernement plutôt que sur le défendeur. Finalement, un motif valide, telle l'absence d'un témoin, devrait servir à justifier un délai approprié.

Le juge relève donc trois types différents de raisons au délai: un comportement gouvernemental répréhensible, les erreurs de circonstance et les limitations institutionnelles.

Le premier est le délai «délibéré», dans le but de «nuire aux droits de la défense»; il doit «peser lourdement» contre l'État. Cela correspond aux vues exprimées par le juge Brennan dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, à la p. 43:

[TRADUCTION] Le délai gouvernemental délibéré dans l'espoir de marquer des points contre le prévenu n'est pas inconnu. Dans un tel cas, l'administration impartiale de la justice criminelle est mise en péril. La clause du droit d'être jugé avec célérité sert alors l'intérêt public en pénalisant l'abus officiel de la procédure criminelle et en décourageant l'illégalité officielle . . . Ainsi, cette garantie protège notre intérêt commun à ce que le gouvernement poursuive et non persécute ceux qu'il a accusés de crime.

L'objet de l'al. 11b), toutefois, n'est pas de pénaliser ni de sanctionner le comportement répréhensible des autorités. L'article ne vise pas l'abus des voies de droit, mais une procédure abusive. Les motifs de la poursuite, quels qu'ils soient, ne rendent pas raisonnable un délai déraisonnable et ne peuvent transformer un délai déraisonnable en un laps de temps raisonnable. Ainsi, peu importe que le délai soit dû à la malignité, à la négligence ou à l'inadvertance, la réparation sera toujours au moins une suspension d'instance sauf, bien entendu, lorsqu'on recherche une réparation supplémentaire comme des dommages-intérêts.

With respect, whether governmental delay is deliberate or not is irrelevant to the determination of the violation. Indeed, the right may be violated, in some circumstances, despite the best intentions and best efforts of the authorities. The function of the doctrine of abuse of process is, therefore, in my view entirely distinct from that of s. 11(b). While a reduction in official misconduct may be a consequence of s. 11(b), this is not its purpose. In the eyes of the individual accused, it matters little whether the delay is imputable to the authorities or not; what truly matters is the extent to which the delay will impair his or her interests. Section 11(b) does not to any extent represent an entrenchment or an extension of the common law doctrine of abuse of process.

The second type of reason, "a valid reason", such as a missing witness "justifies", in Powell J.'s view, "an appropriate delay". I do not see any compelling reason, however, for considering that circumstances such as a missing prosecution witness will render valid an overly lengthy delay. The accused's interests are no less stricken because the prosecution is unable to find its witness or its file. It is no longer the individual but the state which must bear the brunt of the inconvenience of such circumstances. Let us not forget that it is not the individual who chose to initiate the prosecution and the time to do so. Failure to bring the case for the prosecution forward within a reasonable period of time, as defined earlier, will result in a violation of s. 11(b).

Of course, it is to be noted that, in appropriate cases, such as when the authorities are satisfied, given the circumstances, that the disappearance of a witness is not without suspicion, it will always be open to the Attorney General to enter a stay under the *Code*. This will, understandably, not be done lightly, as the prosecution will have to convince the Attorney General to adopt this route, thereby attracting political accountability.

The third type of reason advanced by Powell J. leads us to a consideration of our fourth criterion, institutional limitations.

En toute déférence, que le délai gouvernemental soit délibéré ou non est sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a violation. D'ailleurs, il peut y avoir violation de ce droit dans certaines a circonstances en dépit des meilleures intentions et de tous les efforts des autorités. Le rôle de la doctrine de l'abus des voies de droit est donc, à mon avis, entièrement distinct de celui de l'al. 11b). Certes, une diminution de comportement b répréhensible officiel peut découler de l'al. 11b), mais ce n'est pas son objet. Aux yeux du prévenu, il importe peu que le délai soit imputable aux autorités ou non; ce qui importe vraiment est la mesure dans laquelle le délai portera atteinte à ses c intérêts. L'alinéa 11b) ne constitue nullement une codification, ni une extension de la doctrine de *common law* d'abus des voies de droit.

d Le second genre de raison, «un motif valide», comme le témoin manquant, «justifie», dans l'optique du juge Powell, «un délai approprié». Je ne vois aucune raison cependant qui oblige à voir dans certaines circonstances, tel le cas du témoin à e charge manquant, la validation d'un long délai indu. Les intérêts du prévenu n'en sont pas moins atteints par le fait que la poursuite est incapable de retrouver son témoin ou son dossier. Ce n'est f plus l'individu mais l'État qui doit supporter les inconvénients de telles circonstances. N'oublions pas que ce n'est pas l'individu qui choisit d'intenter une poursuite et le moment pour le faire. Le défaut de la poursuite de présenter sa preuve dans un g délai raisonnable, tel que défini précédemment, résultera en une violation de l'al. 11b).

Naturellement, on notera que, dans les cas appropriés où les autorités sont convaincues, h compte tenu des circonstances, que la disparition d'un témoin prête au soupçon, il sera toujours possible au procureur général d'ordonner l'arrêt de la procédure en vertu du *Code*. Cela, on le comprendra, ne sera pas fait à la légère, puisque la i poursuite devra convaincre le procureur général d'adopter cette voie, ce qui le rendra, par le fait même, politiquement comptable.

j Le troisième genre de raison avancée par le juge Powell nous amène à examiner notre quatrième critère, les limitations institutionnelles.

Institutional Resources

In an ideal world there would be no delays in bringing an accused to trial and there would be no difficulties in securing fully adequate funding, personnel and facilities for the administration of criminal justice. As we do not live in such a world, some allowance must be made for limited institutional resources.

It is imperative, however, that in recognizing the need for such a criterion we do not simply legitimize current and future delays resulting from inadequate institutional resources. For the criterion of institutional resources, more than any other, threatens to become a source of justification for prolonged and unacceptable delay. There must, therefore, be some limit to which inadequate resources can be used to excuse delay and impair the interests of the individual.

In seeking to apply this fourth criterion, the courts must refrain from simply drawing an average between the worst and the best in the country, that is, between those areas where delays are longest and those which offer the best examples of promptness. The appropriate models are those jurisdictions which have the greater degrees of promptness, or the lesser amounts of systemic delay. They are examples of the appropriate accommodation between demands on the system and allocation of available resources.

It is no answer to say that demands on the system may be less in some areas than in, to give an example, a congested urban centre. The point is that there has been in such jurisdictions an allocation of *sufficient* resources to meet the demands and administer the criminal justice system with minimal delay. Greater delays in other areas may simply mean that sufficient resources have not been allocated to deal adequately with current demands. The measure of what is possible in adjusting resources to demands comes from those jurisdictions which have the lesser amounts of systemic delay. That is the measure which must serve for all jurisdictions.

Ressources institutionnelles

Dans un monde idéal, le procès d'un prévenu serait tenu sans délai et il n'y aurait aucune difficulté à obtenir suffisamment de fonds, de personnel et de moyens pour les fins de l'administration de la justice criminelle. Mais comme nous ne vivons pas dans un tel monde, il faut bien faire la part des ressources institutionnelles limitées.

Il est impératif toutefois qu'en reconnaissant la nécessité de ce critère on ne légitime pas tout simplement les délais actuels et futurs imputables au manque de ressources institutionnelles. En effet, ce critère plus que tout autre tend à devenir une source de justification des délais prolongés et inacceptables. Il faut donc fixer certaines limites à l'utilisation du manque de ressources pour excuser les délais et porter atteinte aux intérêts individuels.

Lorsqu'ils chercheront à appliquer ce quatrième critère, les tribunaux devront se garder de faire une simple moyenne entre ce qu'il y a de pire et ce qu'il y a de mieux au pays, c'est-à-dire, entre les régions où les délais sont les plus longs et celles offrant les meilleurs exemples de promptitude. Les modèles appropriés sont les ressorts qui ont le plus haut degré de promptitude ou le moins grand nombre de délais systémiques. Ce sont les exemples d'un accommodement approprié entre ce que l'on demande du système et l'allocation des ressources disponibles.

Il ne suffit pas de dire que dans certaines régions on exige moins du système que, par exemple, dans un centre urbain congestionné. Ce qui importe, c'est que dans ces juridictions il y a eu une allocation de ressources *suffisantes* pour répondre aux demandes et administrer la justice criminelle dans des délais minimums. De plus grands délais dans d'autres régions peuvent simplement signifier qu'on n'a pas alloué suffisamment de ressources pour répondre adéquatement aux besoins existants. La mesure de ce qui est possible dans l'ajustement des ressources aux besoins nous est donnée par ces juridictions où il y a le moins de délais systémiques. C'est là la mesure qui doit servir dans toutes les juridictions.

Such a criterion has the obvious advantage of being anchored in reality. It does not seek to impose an arbitrary standard, such as a fixed ceiling, e.g. four months or five months, on excusable delay but looks to what has in fact been accomplished in various jurisdictions. It is those very jurisdictions which have been most successful in minimizing systemic delay which thus set the measure of what is possible, rather than the courts *in abstracto*. Additionally, this approach is more flexible than would be fixed ceilings, all the while establishing an objective, national standard. It would reduce discrepancies between different parts of the country and ensure that "unreasonable delay in run-of-the-mill criminal cases cannot be justified by simply asserting that the public resources provided by the State's criminal-justice system are limited and that each case must await its turn" (*Barker v. Wingo, supra, per White J., Brennan J. concurring, at p. 538*).

Admittedly, however, this is a criterion which is difficult to measure and apply in the absence of factual evidence. Moreover, since the Crown in this case did not invoke institutional limitations as a justification for delay, there has been no argument before this Court as regards this criterion. Nor has there been any evidence adduced which would enable this Court to establish clearer and more precise guidelines for the courts.

Matters could, of course, be expedited either by legislation, which would then be subject to s. 1 of the *Charter*, or by a reference to one of the courts of appeal or to this Court. The whole issue could thus be considered thoroughly and not at the expense and through the limited means of an accused and local Crown authorities.

Nevertheless, one cannot simply walk away from the question without giving some indication as to the principles which should, in the absence of appropriate information, guide the courts in determining the extent to which inadequate institutional resources may serve to justify delay. Of course, the institutional limitations must at the outset be genuine. But that alone is not sufficient.

Un tel critère a l'avantage évident d'être ancré dans la réalité. Il ne vise pas à imposer une norme arbitraire, tel un plafond fixe, c'est-à-dire quatre ou cinq mois, au délai excusable, mais il recherche la pratique réelle des différents ressorts. Ce sont donc les ressorts, qui ont précisément réussi à réduire les délais systémiques, qui indiquent ce qui est possible et non les tribunaux dans l'abstrait. En outre, cette démarche est plus souple que le plafond fixe tout en établissant une norme objective et nationale. Elle devrait réduire les divergences entre les différentes parties du pays et assurer qu' [TRA-DUCTION] «on ne puisse pas justifier des délais déraisonnables dans les affaires criminelles courantes en affirmant simplement que les ressources publiques attribuées par l'État au système de justice criminelle sont limitées et que chaque affaire doit attendre son tour» (*Barker v. Wingo, précité, le juge White aux motifs duquel le juge Brennan a souscrit, à la p. 538*).

Il s'agit là, cependant, d'un critère difficile à mesurer et à appliquer, en l'absence de preuve sur les faits. En outre, puisque la poursuite n'invoque pas en l'espèce les limitations institutionnelles pour justifier le délai, cette Cour n'a entendu aucune plaidoirie à cet égard. Aucune preuve n'a été présentée pour permettre à la Cour d'établir des lignes directrices plus claires et précises pour les tribunaux.

La question pourrait évidemment être réglée par la loi, qui serait alors assujettie à l'article premier de la *Charte*, ou par renvoi à l'une des cours d'appel ou à cette Cour. Toute la question pourrait alors être analysée à fond et non aux dépens d'un accusé et d'un substitut du procureur général local et en utilisant leurs moyens limités.

Quoi qu'il en soit, on ne peut vraiment pas laisser la question en suspens sans donner des indications sur les principes qui devraient, en l'absence d'information appropriée, guider les tribunaux lorsqu'ils déterminent dans quelle mesure des ressources institutionnelles insuffisantes peuvent servir à justifier un délai. Évidemment, il faut que les limitations institutionnelles soient au départ réelles. Mais cela seul ne suffit pas.

Parliament itself has clearly contemplated that the criminal justice system should function within certain minimum delay periods and has thus given us indications as to what should be tolerable limits on delay caused by inadequate institutional resources. Various examples of specific time periods can thus be found in our *Criminal Code*.

The *Code* provides at s. 459, that where an accused has been charged with an offence other than an offence mentioned in s. 457.7, is being detained in custody and the trial has not commenced, the person having custody of the accused shall, upon the expiration of

- (a) ninety days in the case of an indictable offence; or
- (b) thirty days in the case of a summary conviction offence

apply to a judge for a hearing to determine whether or not the accused should be released from custody. Section 732.1 of the *Code* (in force at the time of writing this judgment) provided that the Attorney General could enter a stay of proceedings and later recommence proceedings without laying a new information, except that where no notice of recommencement had been given within one year after the entry of the stay or before the expiration of the time within which the proceedings could have been instituted, whichever was the earlier, the proceedings were deemed never to have been commenced.

Additionally, s. 465(1)(b) of the *Code* enables a justice to adjourn a preliminary inquiry where it appears to be desirable to do so by reason of the absence of a witness, the inability of a witness who is ill to attend or for any other sufficient reason, but for no longer than eight days unless the accused and the prosecutor consent to the proposed adjournment. Under s. 465(1)(c) a justice may also remand an accused to custody for observation for a period not exceeding 30 days where there is reason to believe that the accused may be mentally ill or disturbed; the period of detention may be prolonged, under s. 465(2)(b), up to a period not exceeding 60 days where the justice is

Le législateur a clairement considéré que le système de justice criminelle devrait fonctionner dans certains délais minimums et nous a donc donné des indications sur ce qui devrait constituer des limites tolérables au délai causé par des ressources institutionnelles insuffisantes. On trouve différents exemples de délais précis dans notre *Code criminel*.

Le *Code* prévoit à l'art. 459 que, lorsqu'un prévenu inculpé d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'art. 457.7 est détenu et que le procès n'est pas commencé, la personne ayant la garde du prévenu doit, dès l'expiration de

- a) quatre-vingt-dix jours dans le cas d'un acte criminel ou
- b) trente jours dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

demander à un juge une audition aux fins de déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non. L'article 732.1 du *Code* (au moment de la rédaction de ce jugement) disposait que le procureur général pouvait arrêter la procédure et qu'il pourrait ultérieurement la reprendre sans qu'une nouvelle dénonciation fut formulée sauf que, lorsqu'aucun avis de reprise n'était donné dans l'année qui suivait l'inscription de la suspension ou avant l'expiration du délai dans lequel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier, les procédures étaient réputées n'avoir jamais été entamées.

De plus, l'al. 465(1)(b) du *Code* permet à un juge de paix d'ajourner une enquête préliminaire lorsque la chose paraît opportune en raison de l'absence d'un témoin, de l'impossibilité pour un témoin malade d'être présent ou pour tout autre motif suffisant, pour au plus huit jours, à moins que le prévenu et le poursuivant ne consentent à l'ajournement projeté. En vertu de l'al. 465(1)(c), un juge de paix peut aussi renvoyer un prévenu en détention pour observation pendant trente jours au plus, lorsqu'il y a des motifs de croire que le prévenu peut être atteint d'une maladie mentale ou est mentalement déséquilibré; la détention peut être prolongée, en vertu de l'al. 465(2)(b), pour une

satisfied that observation for such period is required in all the circumstances of the case.

By such provisions, Parliament has indicated that under normal circumstances, the criminal justice system should be capable of functioning adequately within relatively narrow periods of delay. As such, it has provided useful indications, to which the courts should refer in setting the appropriate limits on delay caused by limited institutional resources.

Other common law jurisdictions have also established various periods of delay which can provide useful indications for our courts.

For example, the Rules of Criminal Procedure adopted by the Pennsylvania Supreme Court provide at Rule 1100(a)(2), that,

Trial in a court case in which a written complaint is filed against the defendant after June 30, 1974 shall commence no later than one hundred and eighty (180) days from the date on which the complaint is filed.

In addition, a number of American statutes provide specific periods of time within which accused must be brought to trial: e.g. *California Penal Code* § 1382 (West 1985) stipulates that when a person has been "held to answer" for an offence, an information must be filed within 15 days and that a defendant must be brought to trial within 60 days of the indictment or filing of the information; in misdemeanour cases, the defendant must be brought to trial within 30 days after arraignment if he is in custody, or 45 days in all other cases; *Colorado Criminal Code*, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973), states that a defendant must be brought to trial within 6 months; *Illinois Code of Criminal Procedure*, Ill. Ann. Stat. ch. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980), states that every person in custody shall be tried within 120 days from the date he was taken into custody and that every person on bail or recognizance shall be tried within 160 days; *Michigan Code of Criminal Procedure*, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985), provides that every person held in prison upon an indictment shall be tried at the next term

période ne dépassant pas soixante jours, lorsque le juge de paix est convaincu qu'une telle période est requise compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

^a Par ces dispositions, le législateur a indiqué que, dans des circonstances normales, le système de justice criminelle devrait pouvoir fonctionner adéquatement dans des délais relativement restreints. ^b Ainsi, il a donné des indications utiles auxquelles les tribunaux devraient se référer en fixant les limites appropriées aux délais imputables aux ressources institutionnelles limitées.

^c D'autres juridictions de *common law* ont aussi fixé différents délais qui peuvent fournir des indications utiles à nos tribunaux.

^d Par exemple, le règlement de procédure criminelle adopté par la Cour suprême de Pennsylvanie prévoit en son par. 1100(a)(2), que:

[TRADUCTION] L'instruction d'une affaire en justice dans laquelle une plainte écrite est produite contre le défendeur après le 30 juin 1974, doit commencer au plus tard dans les cent quatre-vingts (180) jours de la date de production de la plainte.

En outre, plusieurs lois américaines prévoient divers délais dans lesquels le prévenu doit être jugé: par exemple, l'art. 1382 du *California Penal Code* (West 1985) énonce que, lorsqu'un justiciable a [TRADUCTION] «eu à répondre» d'une infraction, une dénonciation doit être produite dans les 15 jours, et le défendeur jugé dans les 60 jours de l'accusation ou du dépôt de la dénonciation. En cas de délit, le défendeur doit être jugé dans les 30 jours de la première comparution s'il est détenu, ou dans les 45 jours dans tous les autres cas. Le *Colorado Criminal Code*, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973), dispose qu'un défendeur doit être jugé dans les 6 mois; le *Illinois Code of Criminal Procedure*, Ill. Ann. Stat. chap. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980), porte que tout détenu doit être jugé dans les 120 jours de la date de mise en détention, et que tout justiciable libéré sous cautionnement ou autre sûreté sera jugé dans les 160 jours; le *Michigan Code of Criminal Procedure*, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985), prévoit que toute personne incarcérée après mise en accusation doit au terme de 6 mois depuis le jour

of the court after the expiration of 6 months from the time when he was imprisoned; *South Carolina Code of Criminal Procedure*, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985), provides that a person held in custody must be indicted and tried within two court terms after his confinement (see *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851)); 18 U.S.C. ch. 208 § 3161(c)(1) (1982) states that in any case in which a plea of not guilty is entered, the trial must commence within 70 days.

There appears to be considerable variation in the length of delay which is permitted under the various statutes. It has been noted, however, that in contrast to the specific statutory delays, the *ad hoc* approach to speedy trial under the Sixth Amendment has rarely led to dismissal for delay of less than several years. (Note, "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965) at pp. 1590-91; see, e.g., *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956 C.A.D.C.) (6 years); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C. Md.), aff'd 350 U.S. 857 (1955) (6 years); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955 D.C. Ill.) (20 years)). Even in the landmark case of *Barker v. Wingo*, *supra*, it was held that a five year delay did not violate the right to a speedy trial. This in my view is to be avoided.

Finally, in seeking to apply this criterion, the courts should bear in mind the purpose of s. 11(b), which is to limit the various forms of prejudice to the accused (who is presumed innocent) by circumscribing the time period within which they may occur. The courts must not simply legitimize current and future delays resulting from inadequate institutional resources.

As this criterion takes on precision with the adduction of appropriate information and a growing number of decisions, none should delude himself or herself as to its consequences. In some areas of the country, delays in bringing accused to trial might well be wholly unacceptable and significant efforts will be required to meet the test of s. 11(b). It may well be that the criminal justice system as a whole will have to be accorded greater priority; it

de l'incarcération être jugée à la session suivante du tribunal; le *South Carolina Code of Criminal Procedure*, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985), prévoit qu'un individu détenu doit être accusé et jugé au cours des deux sessions judiciaires suivant son incarcération (voir *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851)); le 18 U.S.C. chap. 208 § 3161(c)(1) (1982) prévoit que, dans tous les cas où il y a plaidoyer de non-culpabilité, il doit y avoir procès dans les 70 jours.

Il semble donc y avoir des divergences considérables quant à la durée du délai qui est autorisé par ces diverses lois. On a signalé cependant que contrairement aux délais légaux précis, l'approche *ad hoc*, en regard du droit d'être jugé avec célérité selon le sixième Amendement, a rarement conduit à un non-lieu pour délai quand celui-ci n'est pas d'au moins plusieurs années. (Note, «The Lagging Right to a Speedy Trial», 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), aux pp. 1590 et 1591; voir, par exemple, *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956 C.A.D.C.) (6 ans); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C. Md.), conf. 350 U.S. 857 (1955) (6 ans); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955 D.C. Ill.) (20 ans)). Même dans l'arrêt de principe *Barker v. Wingo*, précité, on a jugé qu'un délai de cinq ans ne violait pas le droit d'être jugé avec célérité. Quant à moi cela doit être évité.

Enfin, en cherchant à appliquer ce critère, les tribunaux doivent garder à l'esprit le but de l'al. 11b), soit de limiter les différentes formes de préjudice envers l'accusé (qui est présumé innocent) en délimitant la période où elles peuvent se produire. Les tribunaux ne doivent pas simplement légitimer les délais actuels et futurs imputables à l'insuffisance des ressources institutionnelles.

Comme ce critère se précisera avec la présentation de l'information appropriée et avec la somme des décisions rendues, il ne faut pas se faire d'illusions sur ses conséquences. Dans certaines régions du pays, les délais mis à tenir le procès d'un prévenu seront peut-être totalement inacceptables et des efforts importants seront nécessaires si l'on veut satisfaire au critère de l'al. 11b). Il se peut que la justice criminelle dans son ensemble doive

may also mean that within the criminal justice system greater priority will need be given to providing sufficient resources, both human and financial, for the courts and the Crown offices. By giving effect to the rights of the accused under s. 11(b), governments will be addressing the problem of providing sufficient resources for the administration of criminal justice. Failure to do so, however, will lead to a result which all would prefer to avoid, the freeing of the guilty for reasons other than failure on the part of the Crown to discharge its burden of proof.

Adoption in Canadian law of the third type of reason outlined by Powell J., the "more neutral reason", without limits or ceilings would lead to unacceptable results, as it would amount to little more than affixing a constitutional seal of approval upon the *status quo*. Indeed, the problem of systemic delay, that is, delay attributable to the fault of no specific individual actor or actors within the criminal justice system, is the acid test of s. 11(b).

In many ways, the problem of systemic delay poses one of the first significant challenges to this Court's interpretation and application of the *Charter*. Although other *Charter* issues have, of course, been resolved and Lord Sankey L.C.'s famous passage in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 at p. 136 has been oft cited (see, e.g. *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at p. 365), none of these has yet had such significant consequences for the administration of justice. Under s. 11(b), the courts cannot simply admonish the executive or legislative branches for failure to meet the requirements of the *Charter*; we must now look to ourselves and determine whether the judiciary is adequately responding to the demands of the *Charter* as well. Although all branches of government have a measure of responsibility, the judiciary must play a central role in ensuring that the

recevoir une plus grande priorité; cela peut aussi signifier qu'au sein même de la justice criminelle, une plus grande priorité devra être donnée à une allocation suffisante de ressources, tant humaines que financières, aux tribunaux et aux bureaux des substituts. En donnant effet aux droits de l'inculpé selon l'al. 11b), les gouvernements auront à faire face au problème d'allouer suffisamment de ressources à l'administration de la justice criminelle. L'absence de telles mesures conduira toutefois à un résultat que tous préféreraient éviter, soit la remise en liberté de coupables pour des raisons autres que l'incapacité de la poursuite de s'acquitter de son fardeau de preuve.

L'adoption en droit canadien du troisième genre de raisons exposé par le juge Powell, le «motif plus neutre», sans limite ni plafond, conduirait à des résultats inacceptables, car cela équivaldrait à peu de chose près à apposer un sceau constitutionnel d'approbation sur le statu quo. D'ailleurs, le problème du délai systémique, c'est-à-dire du délai qu'on ne peut attribuer à la faute d'un ou de plusieurs acteurs précis au sein du système de justice criminelle, constitue le critère décisif d'application de l'al. 11b).

De bien des façons, le problème du délai systémique constitue l'un des premiers défis importants d'interprétation et d'application de la *Charte* par cette Cour. Si d'autres questions relatives à la *Charte* ont, bien entendu, été résolues et si le fameux passage du lord chancelier Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, a été souvent cité (voir par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 365), aucune n'a jusqu'à maintenant eu des conséquences aussi importantes pour l'administration de la justice. En vertu de l'al. 11b), les tribunaux ne peuvent simplement admonester l'exécutif ou le législatif pour n'avoir pas respecté les exigences de la *Charte*; nous devons maintenant faire notre propre examen de conscience et décider si le judiciaire répond lui aussi adéquatement aux exigences de la *Charte*. Si toutes les branches de gouvernement sont responsables dans une certaine mesure, c'est néanmoins au judiciaire qu'il appartient de jouer un rôle central, en s'assurant que le droit

right to be tried within a reasonable time is not frustrated by systemic delay.

Our legislators have, by the entrenchment of s. 11(b), established as a fundamental societal priority the maintenance of an effective and prompt system for the administration of criminal justice. There can be no assumption that the constitutional right to be tried within a reasonable time must conform to the *status quo*; rather, it is the system for the administration of criminal justice which must conform to the constitutional requirements of the *Charter*. We cannot shrink from our task of interpreting the *Charter* in a full and fair manner, even when, and perhaps especially when, we are confronted with the possibility of resulting significant institutional adjustment.

Of course, it is obvious that s. 11(b) is not an absolute right; few rights, if any, can be considered absolute. It is equally obvious that societal resources are not unlimited. Consequently, there will of necessity be limits to which funding, facilities and personnel can be devoted to the prompt and proper administration of criminal justice. Additionally, care must be taken to ensure that justice is not sacrificed to speed, for the latter is not an end itself but simply one element of the former. Assembly-line justice is neither desirable nor required by s. 11(b); in fact it will often result in a breach of the accused's right to a fair trial guaranteed under ss. 7 and 11(d).

One inevitable conclusion which flows from the foregoing is that the test of reasonableness required by s. 11(b) cannot be founded upon the criterion "reasons for delay", as elaborated by Powell J. in *Barker v. Wingo, supra*.

The factors which are to be considered in the test of reasonableness under s. 11(b) differ considerably from those which have been elaborated in *Barker v. Wingo, supra*. To that extent, therefore, I am in respectful disagreement with the approach taken in *R. v. Antoine, supra*, and other Canadian cases which would have imported without appropriate qualification the *Barker v. Wingo* standard into the *Charter*.

d'être jugé dans un délai raisonnable n'est pas frustré par les délais systémiques.

Nos législateurs ont, en enchâssant l'al. 11b), établi comme priorité fondamentale de notre société, le maintien d'un système efficace et rapide d'administration de la justice criminelle. On ne saurait présumer que le droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable doit se conformer au statu quo; plutôt, c'est le système d'administration de la justice qui doit se conformer aux exigences constitutionnelles de la *Charte*. Nous ne pouvons nous dérober à notre tâche qui est d'interpréter la *Charte* d'une façon globale et équitable même lorsque, et peut être surtout lorsque nous avons à faire face à l'éventualité d'un ajustement important des institutions.

Naturellement, il est évident que l'al. 11b) n'est pas un droit absolu; peu de droits, si tant est qu'il en existe, peuvent être considérés absolus. Il est également évident que les ressources de la société ne sont pas illimitées. En conséquence, il y aura nécessairement des limites à l'affectation de fonds, de moyens et de personnel à une bonne et prompt administration de la justice criminelle. En sus, il faut s'assurer que la justice ne soit pas sacrifiée à la célérité, car celle-ci n'est pas une fin en elle-même, mais simplement un élément de la justice. Une justice à la chaîne n'est ni désirable ni exigée par l'al. 11b); en fait cela résulterait souvent en une atteinte au droit de l'inculpé à un procès équitable, que garantissent l'art. 7 et l'al. 11d).

Une des conclusions inévitables découlant de ce qui précède est que le critère du caractère raisonnable imposé par l'al. 11b) ne saurait être fondé sur le critère des «raisons justifiant le délai» élaboré par le juge Powell dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité.

Les facteurs qui doivent être examinés lorsqu'on se demande ce qui est raisonnable en vertu de l'al. 11b) diffèrent considérablement de ceux élaborés dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité. Dans cette mesure donc, avec déférence, je suis en désaccord avec la démarche suivie dans l'arrêt *R. v. Antoine*, précité, et dans d'autres affaires canadiennes qui ont importé dans la *Charte*, sans réserve appropriée, la norme dégagée par l'arrêt *Barker v. Wingo*.

The Test

Our test of reasonableness involves a balancing of the impairment of the accused's interests, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against the other three factors: (1) waiver of time periods, (2) the time requirements inherent in the nature of the case and (3) limitations to institutional resources. The latter three serve to justify delay, or continued impairment of the accused's interests.

Reference Periods

There is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred, and this Court should refrain from legislating same. In reality, however, when judges assess the situation in individual cases, they will be measuring the delays against some norm each judge considers to be *prima facie* the tolerable limit for the ordinary, average case, dependent upon whether it is to be tried summarily, before a judge, or by a jury. The same operation of course applies to courts of appeal when reviewing findings below. We cannot be blind to the fact that the dynamics of the assessment of the reasonableness of prejudice due to the passage of time will in reality involve reference by the judge to some personal average point in time.

Martin J.A., in *R. v. Antoine*, *supra*, acknowledges the presence in the judge's mind of some standard beyond which there will be *prima facie* a violation, where he said, at p. 106:

In my view, in determining the question whether the respondent's right under s. 11(b) of the Charter to be tried within a reasonable time has been infringed, the preferable approach is to examine the entire period between the laying of the initial information and the trial of the accused to determine whether the delay, in the circumstances, was reasonable. The determination of the reasonableness of the delay requires an examination of the reasons for the delay, if *prima facie* the delay appears excessive.

I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is *not* a condition precedent to the inquiry into the reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the

Le critère

Notre critère du caractère raisonnable implique une équilibration de l'atteinte aux droits de l'accusé, qui augmente radicalement avec le passage du temps, et des trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Ces trois derniers permettent de justifier le délai ou l'atteinte continue aux intérêts de l'accusé.

Périodes de référence

Il n'y a pas de moment magique après lequel une violation sera censée avoir lieu et cette Cour devrait éviter d'en adopter un. En réalité, lorsque les juges évalueront la situation dans chaque cas, ils mesureront les délais par rapport à une norme considérée, à première vue, comme la limite tolérable dans une affaire ordinaire et moyenne, suivant qu'elle doit être jugée de façon sommaire, par un juge ou par un jury. La même démarche s'applique évidemment aux cours d'appel dans leur examen des conclusions de première instance. On ne peut pas ignorer le fait que la dynamique de l'évaluation du caractère raisonnable du préjudice imputable au passage du temps amènera en réalité chaque juge à recourir à une durée moyenne personnelle.

Dans l'affaire *R. v. Antoine*, précitée, le juge Martin reconnaît qu'il existe dans l'esprit du juge une norme par delà laquelle il y aura à première vue violation, quand il dit à la p. 106:

[TRADUCTION] À mon avis, pour déterminer si on a enfreint les droits de l'intimé en vertu de l'al. 11b) de la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable, il est préférable d'examiner toute la période entre le dépôt de la dénonciation initiale et le procès de l'accusé pour déterminer si le délai était, en l'espèce, raisonnable. Pour déterminer le caractère raisonnable du délai, il faut en examiner les raisons si, à première vue, il apparaît excessif.

Je m'empresse d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire de conclure que le délai en cause est à première vue excessif pour en examiner le caractère raisonnable, c.-à-d., pour entreprendre l'équi-

four criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to justify additional delay. Such a period, of course, is, I should repeat, no more than a reference point. It may well be that a balancing of the four criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. What does happen, and that is a reality that must be acknowledged, is that there comes a time when the judge turns from the applicant to the Crown to be told what is exceptional in the case.

It is the application under s. 24(1) which triggers the inquiry, not the passage of a certain period of time. The amount of time elapsed determines who of the Crown or applicant the judge will call upon to justify the case being unusual.

What these periods should be in concrete terms is a question that will be answered as more and more s. 11(b) applications are decided by the trial and appeal courts.

Person Charged

Though the time span considered in this case undoubtedly ran after Mills had become "a person charged", the meaning of those words must be determined with some precision.

Though s. 11 of the *Charter* applies to offences other than those prosecuted under the *Criminal Code*, I will address only the latter.

A number of courts have suggested that the word "charged" in s. 11 serves only to indicate the class of persons entitled to assert the right and not the starting point for the computation of time. (See, e.g. *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10 (Q.B.); *Re Rahey and The Queen*, *supra*; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)) Others have held that the word "charged" indicates both the class of persons entitled to assert the right and the point of commencement for the "reasonable time" inquiry.

libération des quatre critères développés ci-dessus. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Une telle période n'est bien sûr, je le répète, rien de plus qu'un point de référence. Il se peut qu'une équilibration des quatre critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, une fois encore, une évaluation et une appréciation des critères. Ce qui se produit effectivement, et c'est une réalité qu'il faut bien reconnaître, est qu'à un moment donné le juge va s'adresser non au requérant mais à la poursuite pour se faire expliquer ce que l'affaire a d'exceptionnel.

C'est la demande fondée sur le par. 24(1) qui déclenche l'enquête et non le passage d'un certain laps de temps. Le laps de temps détermine à qui de la poursuite ou du requérant le juge demandera de justifier en quoi l'affaire est inhabituelle.

La durée de ces périodes en termes concrets est une question à laquelle on répondra au fur et à mesure que les tribunaux de première instance et les cours d'appel trancheront des demandes fondées sur l'al. 11b).

L'inculpé

Si le laps de temps en cause en l'espèce a indubitablement commencé à courir après que Mills soit devenu un «inculpé», le sens de ce terme doit être déterminé avec une certaine précision.

Bien que l'art. 11 de la *Charte* s'applique à des infractions autres que celles réprimées en vertu du *Code criminel*, je ne traiterai que de ces dernières.

Plusieurs tribunaux ont suggéré que le terme «inculpé» à l'art. 11 ne fait qu'indiquer la catégorie de personnes autorisées à faire valoir leurs droits et non le point de départ du calcul du délai. (Voir, par exemple, *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10 (B.R.); *Re Rahey and The Queen*, précité; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)) D'autres ont jugé que le terme «inculpé» indique et la catégorie de personnes autorisées à revendiquer le droit et le point de départ de l'enquête sur le «délai raisonnable». (Voir, par

(See, e.g. *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (B.C.S.C.); *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329 (Ont. H.C.); *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332 (Que. S.P.); *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173 (B.C.S.C.))

The Ontario Court of Appeal seems to have adopted a third position. In *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, the views of Dubin J.A., speaking for the court, were summarized as follows in the headnote:

The reasonable delay referred to is the delay between the time that a person is charged and the time that he is tried, and there was no such delay in this case. While the court may consider what has transpired before the laying of the charge in determining whether there has been an unreasonable post-charge delay, as there was no delay in this case the trial judge erred in invoking s. 11(b).

This approach, however, seems to be premised on the view that the reasons for the delay, as elaborated in *Barker v. Wingo*, is properly part of the test of reasonableness. I have already indicated, however, that the *Barker* criteria and, in particular the conduct of the Crown, do not form part of the test under s. 11(b). Hence, with respect, I do not believe that the approach taken by the Ontario Court of Appeal on this issue is appropriate for s. 11(b).

I agree, rather, with the view that the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time only runs from the moment a person is charged. Pre-charge delay will in no way impair those interests with which s. 11(b) is concerned. Prior to the charge, the individual will not normally be subject to restraint nor will he or she stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person protected by s. 11(b) will not be placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual by means of the charge.

Pre-charge delay is relevant, however, to the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. I am in substantial agreement with the following passage from McKay J.'s judgment in *Attorney General of British Columbia v. Craig*

exemple, *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (C.S.C.-B.); *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329 (H.C. Ont.); *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332 (C.S.P. Qué.); *Re Regina and Carter* a (1983), 9 C.C.C. (3d) 173 (C.S.C.-B.))

La Cour d'appel de l'Ontario semble avoir adopté une troisième position. Dans son arrêt *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, l'opinion du juge Dubin, parlant au nom de la Cour, a été résumée en ces termes dans le sommaire:

[TRADUCTION] Le délai raisonnable dont il est fait mention court du moment de l'inculpation jusqu'au procès; or il n'y a eu aucun délai de ce genre en l'espèce. c Bien que le tribunal puisse examiner ce qui s'est passé avant l'inculpation pour déterminer s'il y a eu un délai déraisonnable après l'inculpation, comme il n'y a eu aucun délai en l'espèce, le juge de première instance a invoqué à tort l'al. 11b).

d Cette démarche semble cependant fondée sur l'opinion selon laquelle les raisons justifiant le délai, telles qu'énoncées dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, font à bon droit partie du critère du caractère raisonnable. J'ai déjà dit cependant que les critères de l'arrêt *Barker* et, en particulier le comportement de la poursuite, ne font pas partie du critère applicable à l'al. 11b). Donc, avec égards, je ne crois pas que la démarche de la Cour d'appel f de l'Ontario à ce sujet soit appropriée dans le cas de l'al. 11b).

Je partage plutôt l'opinion selon laquelle le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer g si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable, ne court que du moment de l'inculpation. Le délai antérieur à l'inculpation ne porte nullement atteinte aux droits que vise l'al. 11b). Avant l'inculpation, la liberté de l'individu ne sera pas restreinte et celui-ci ne sera pas considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Ainsi ces aspects de la liberté ou de la sécurité de la personne protégés par l'al. 11b) ne seront pas menacés h avant qu'une inculpation ait déclenché des poursuites judiciaires. i

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent cependant pour le droit à un procès équitable que protègent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Je souscris pour l'essentiel au passage suivant du jugement du juge McKay dans l'affaire *Attorney*

Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346 (B.C.S.C.) in which he stated, at p. 353:

I have no doubt that relief is available under s. 11(d) or s. 7 and possibly by way of a finding of abuse of process if it is demonstrated that pre-information or pre-indictment delay would cause substantial prejudice to an accused's right to a fair trial and that the delay was caused by the police or the Crown for an oblique purpose.

Pre-charge delay is relevant under ss. 7 and 11(d) because it is not the length of the delay which matters but rather the effect of that delay upon the fairness of the trial. Pre-charge delay is as relevant as any other form of pre-charge or post-charge conduct which has a bearing upon the fairness of the trial. In other words, pre-charge delay is relevant to those interests which are protected by the right to a fair trial whereas it is irrelevant to those which are protected by s. 11(b). Similarly, pre-charge delay may be a relevant consideration under the doctrine of abuse of process in the same manner as any other conduct by the police or the Crown which may be held to constitute an abuse of process.

A good many definitions of the word "charged" have been advanced in both the pre-*Charter* and post-*Charter* jurisprudence. Of particular note are the comments of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985. In that case, Dickson J. wrote, at p. 1005:

As the Supreme Court of the United States observed in *United States v. Patterson* (1893), 150 U.S.R. 65 (at p. 68) a criminal charge, strictly speaking, exists only when a formal written complaint has been made against the accused and a prosecution initiated. "In the eyes of the law a person is charged with crime only when he is called upon in a legal proceeding to answer such a charge".

I do not believe, however, that the terms of the *Charter* are necessarily bound by definitions formulated in pre-*Charter* times in different contexts and for different purposes. The definition given to the word "charged" as it relates to s. 11(b) must

General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346 (C.S.C.-B.), où il dit à la p. 353:.

[TRADUCTION] Je ne doute pas qu'il existe un recours en vertu de l'al. 11d) ou de l'art. 7 ou peut-être par constatation d'un abus des voies de droit, s'il est démontré qu'un délai antérieur à la dénonciation ou à la mise en accusation a causé un préjudice important au droit du prévenu à un procès équitable et que le délai a été causé par la police ou la poursuite pour une fin détournée.

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d), car ce n'est pas la durée du délai qui importe, mais plutôt l'effet de ce délai sur l'équité du procès. Un délai antérieur à l'inculpation est aussi pertinent que toute autre forme de comportement antérieur ou postérieur à l'inculpation qui a un effet sur l'équité du procès. En d'autres termes, le délai antérieur à l'inculpation est pertinent quant aux intérêts que le droit à un procès équitable protège, alors qu'il ne l'est pas pour ceux que protège l'al. 11b). De même, le délai antérieur à l'inculpation peut être un élément pertinent aux termes de la doctrine de l'abus des voies de droit, de même que tout autre comportement de la police ou de la poursuite qui pourrait être considéré comme un abus des voies de droit.

Bien des définitions du terme «inculpation» ont été proposées par la jurisprudence tant antérieure que postérieure à la *Charte*. On notera tout particulièrement les commentaires du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985. Dans cette affaire, le juge Dickson écrit, à la p. 1005:

Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Patterson*, (1893), 150 U.S.R. 65, à la p. 68, une accusation criminelle, à proprement parler, n'existe que lorsqu'une plainte formelle par écrit a été portée contre l'accusé et que des poursuites ont été entamées. [TRADUCTION] «Selon la loi, une personne est accusée d'un crime seulement lorsqu'elle doit répondre à cette accusation dans des procédures légales.»

Je ne crois cependant pas que les termes qu'emploie la *Charte* soient nécessairement liés par des définitions données antérieurement à son adoption dans des contextes différents et pour des fins différentes. La définition du terme «inculpation» par

be in accord with the nature and purpose of the section.

As Le Dain J. has written in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

Moreover, the definition must take into consideration the variety of means by which an individual may be brought into the criminal justice process. And finally, it should be a "substantive" rather than a "formal" definition: Eur. Court H. R., *Deweert* case, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35 (Publications of the European Court of Human Rights), at p. 23.

Accordingly, I am of the view that the definition of the word "charged" which is most appropriate under s. 11(b) is the following. A person is charged as of,

- (a) the service of a summons, the execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*, or as of the moment a person is informed by the authorities of their existence; or
- (b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or
- (c) as of the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b).

This definition is consistent with the rationale of s. 11(b). The charge, from which the "reasonable time" inquiry begins, will thus correspond to the start of the impairment of the accused's interests in the liberty and security of the person.

Keeping this rationale in mind, there will be instances where a person might be considered as

rapport à l'al. 11b) doit s'harmoniser à la nature et à l'objet de l'article.

Comme l'a écrit le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638:

Selon moi, la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.

De plus, la définition doit tenir compte des divers moyens d'amener un individu à comparaître devant la justice criminelle. Et enfin, ce devrait être une définition de conception «matérielle» plutôt qu'une définition «formelle»: Cour. eur. D. H., affaire *Deweert*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35 (Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme) à la p. 23.

C'est pourquoi je suis d'avis que la définition du terme «inculpé» la plus appropriée aux termes de l'al. 11b) est la suivante. Il y a inculpation dès qu'il y a:

- a) signification d'une sommation, exécution d'un mandat en vertu d'une dénonciation aux termes de l'art. 455.3 du *Code criminel* ou dès le moment où les autorités informent la personne de leur existence; ou
- b) délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou mise en liberté aux termes des art. 452 ou 453 du *Code*; ou
- c) arrestation, dans le cas de toutes les autres personnes arrêtées non visées en a) ou en b).

Cette définition est conforme au raisonnement qui sous-tend l'al. 11b). L'inculpation, point de départ de l'examen du caractère «raisonnable» du laps de temps, correspondra donc au moment où l'on porte atteinte aux intérêts du prévenu de jouir de la liberté et de la sécurité de sa personne.

Gardant ce raisonnement à l'esprit, dans certains cas, une personne pourra être considérée

“charged” prior to the actual charge for which he is being prosecuted. To give but one example. If the Crown withdraws the charge to charge under a different section but for the same transaction; in such a case, subject to the circumstances it might well be appropriate to consider that, for the purpose of assessing the reasonableness of the time elapsed, the applicant was charged as of the former charge.

Remedies

Section 11(b) gives an accused person the right to be tried within a reasonable time. After the passage of an unreasonable period of time, however, no trial, not even the fairest possible trial, is permissible. For a finding of unreasonable delay is, in effect, a finding of a s. 11(b) violation; to allow a trial to proceed after such a finding would be to participate in a further violation of the *Charter*. In effect, therefore, s. 11(b) gives an accused person the right *not* to be tried once an unreasonable period of time has elapsed. In *Barker v. Wingo*, Powell J. wrote at p. 522:

The amorphous quality of the right also leads to the unsatisfactorily severe remedy of dismissal of the indictment when the right has been deprived. This is indeed a serious consequence because it means that a defendant who may be guilty of a serious crime will go free, without having been tried. Such a remedy is more serious than an exclusionary rule or a reversal for a new trial, but it is the only possible remedy.

Burger C.J. later wrote in *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973) at p. 440, “In light of the policies which underlie the right to a speedy trial, dismissal must remain, as *Barker* noted, ‘the only possible remedy.’” The same is true, in my view, under s. 11(b), in that a trial cannot be allowed to proceed subsequent to a finding that a violation has occurred.

I am also in substantial agreement, however, with the following passage of Martin J.A. in *Re Regina and Beason*, *supra*, at p. 43:

In my opinion there may well be cases where, balancing all the various factors, . . . it will be apparent that the point is being approached, although it has not yet been reached, when any significant continuation of the

comme un «prévenu» avant d’être inculpée de l’infraction pour laquelle on la poursuit. Donnons un seul exemple: la poursuite retire l’accusation pour en porter une nouvelle en vertu d’un article différent mais pour la même affaire; dans ce cas, sous réserve des circonstances, il pourrait bien être approprié de considérer que, dans le but d’évaluer le caractère raisonnable du délai écoulé, le requérant a été inculpé à compter de la première accusation.

La réparation

L’alinéa 11b) confère au prévenu le droit d’être jugé dans un délai raisonnable. Passé un laps de temps déraisonnable cependant, aucun procès, si équitable soit-il, n’est autorisé. En effet juger qu’il y a un délai déraisonnable revient, en fait, à juger qu’il y a une violation de l’al. 11b); laisser un procès se poursuivre après une telle conclusion serait se faire complice d’une autre violation de la *Charte*. En fait donc, l’al. 11b) confère au prévenu le droit de *ne pas* être jugé une fois écoulé un laps de temps déraisonnable. Dans l’arrêt *Barker v. Wingo*, le juge Powell écrit à la p. 522:

[TRADUCTION] Le caractère indéfini du droit suscite aussi une sanction radicale insatisfaisante, soit la cassation de l’accusation en cas de négation du droit. C’est là en vérité une conséquence grave car cela signifie qu’on remettra peut-être en liberté un défendeur coupable d’un crime grave sans l’avoir jugé. Cette sanction a un effet beaucoup plus grave qu’une règle d’exclusion ou qu’un renvoi à un nouveau procès, mais c’est la seule possible.

Le juge en chef Burger a écrit ultérieurement dans l’arrêt *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), à la p. 440: [TRADUCTION] «Compte tenu des principes qui sous-tendent le droit d’être jugé avec célérité, le non-lieu demeure, comme le notait l’arrêt *Barker*, «la seule sanction possible» ». Il en est de même, à mon avis, dans le cas de l’al. 11b); on ne peut en effet laisser le procès suivre son cours après avoir constaté la violation.

Cependant, je souscris aussi pour l’essentiel au passage suivant du juge Martin, dans l’arrêt *Re Regina and Beason*, précité, à la p. 43:

[TRADUCTION] À mon avis, il peut fort bien y avoir des cas où, compte tenu des divers facteurs, . . . il sera apparent qu’on en arrive à un point, sans l’avoir encore atteint, où la continuation notoire du délai dans le

delay in the trial of an accused person will result in an abridgment of his constitutional right to be tried within a reasonable time. In those circumstances the court, in the exercise of its inherent power to control its own process, may direct that the trial proceed at an early date and dismiss the charge if the Crown fails to proceed on that date.

It is, in other words, open to the courts to take preventive measures, based on their inherent power to control their process, prior to an actual violation of s. 11(b). Where, however, on balancing the various factors, the court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has already been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. It is not necessarily the only remedy, for additional remedies may be just and appropriate in the circumstances of the case. The stay is a minimum remedy, to which others may be added, such as, possibly, damages, if it be proved that there was malice on the part of the Crown and resulting prejudice.

Transitional Period

This case is the first to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(b). The full scope of the section, and the nature of the obligation it has imposed upon the government and the courts has remained uncertain for the period prior to the rendering of this judgment.

Given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, i.e., a stay of proceedings, I am of the view that a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(b). This is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of this judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give effect to behaviour which occurred prior to this judgment against a standard the parameters of which were unknown to all.

procès du prévenu portera atteinte à son droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans ce cas, le tribunal, qui est maître de sa procédure, pourra ordonner de tenir le procès à une date rapprochée et prononcer un non-lieu si la poursuite n'agit pas à ce moment-là.

Autrement dit, les tribunaux peuvent prendre des mesures préventives, parce qu'ils sont maîtres de leur propre procédure, avant qu'il y ait vraiment violation de l'al. 11b). Lorsque cependant, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a déjà été enfreint, la réparation appropriée sera la suspension d'instance. Ce n'est pas nécessairement la seule réparation; d'autres formes de réparation peuvent être tout aussi justes et appropriées selon les circonstances. La suspension est un minimum auquel d'autres formes de réparation, tels par exemple les dommages-intérêts, peuvent être ajoutées, si l'on prouve l'intention malveillante de la poursuite et un préjudice en découlant.

Période transitoire

Cette affaire est la première qui offre à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11b). La portée exacte de l'alinéa, et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux, demeureraient incertaines avant que le présent arrêt ne soit rendu.

Vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. une suspension d'instance, je suis d'avis qu'une période transitoire est utile et même s'impose pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11b). Cela ne veut pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure au présent jugement, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié de donner suite à un comportement adopté antérieurement à ce jugement par rapport à une norme dont les éléments étaient inconnus de tous.

Consequently, facts relevant to two of the criteria of reasonableness which have been elaborated in this judgment, i.e., waiver of delay and limitations to institutional resources, must be evaluated differently during the transitional period.

Silence by the accused or defence counsel in the face of requests for delay by the Crown, cannot, during the transitional period, be given the same consequences as after this period. Where there is no indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. To do otherwise would be to retrospectively attach consequences to behaviour, when those were not intended at the time.

For similar reasons, while delay which is due to limited institutional resources is still a factor to be considered and weighed, it will be open to the courts, during the transitional period, to excuse any passage of time as long as it is the result of actual institutional limitations.

Under no circumstances, however, are such transitional measures to apply to persons who are charged subsequent to the rendering of this judgment.

It should be noted that this transitional approach also accommodates the problem of pre-*Charter* delay. The test of reasonableness remains essentially the same for both pre-*Charter* and post-*Charter* delay. Hence, pre-*Charter* delay is to be considered and given the same weight, assessed in the same manner, as post-*Charter* delay when determining a violation.

Before addressing the facts of this case, two observations seem to me appropriate. A trial court's assessment of the "time requirements inherent in the nature of the case" should only in very exceptional cases be interfered with by reviewing courts. Likewise, the superior court and the court of appeal of a province are better placed than this Court to assess whether time elapsed is actually due to institutional limitations.

Par conséquent, les faits pertinents relativement à deux des critères du caractère raisonnable élaborés dans ce jugement, soit la renonciation à invoquer le délai et les limitations des ressources institutionnelles, doivent être évalués différemment pendant la période de transition.

Au cours de la période de transition, on ne saurait attribuer au silence de l'inculpé ou de l'avocat de la défense devant les demandes de délai de la poursuite les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien n'indique au dossier que l'inculpé ou l'avocat de la défense s'y sont opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Conclure autrement attribuerait des conséquences rétroactives à un comportement alors que tel n'était pas le but à ce moment là.

Pour des raisons semblables, bien que le retard imputable aux ressources institutionnelles limitées soit encore un facteur dont il faut tenir compte, il appartiendra aux tribunaux, au cours de la période de transition, d'excuser tout laps de temps du moment qu'il découle de limitations institutionnelles réelles.

Toutefois, ces mesures transitoires ne devront en aucune façon s'appliquer aux personnes qui seront inculpées après le prononcé de cet arrêt.

Il convient de souligner que ces mesures transitoires règlent également le problème du délai antérieur à la *Charte*. Le critère du caractère raisonnable demeure essentiellement identique que le délai soit antérieur ou postérieur à la *Charte*. Ainsi, le délai antérieur à la *Charte* doit être considéré comme le délai postérieur à la *Charte*, recevoir le même poids et être évalué de la même façon quand on établit une violation.

Avant de considérer les faits de l'espèce, deux observations me semblent appropriées. L'évaluation par le tribunal de première instance des «délais inhérents à la nature de l'espèce» ne devrait être modifiée que dans des cas très exceptionnels par les juridictions d'appel. De même, la cour supérieure et la cour d'appel d'une province sont mieux placées que cette Cour pour évaluer si le délai écoulé est effectivement dû à des limitations institutionnelles.

In short, this Court should not interfere with a court of appeal's final determination of a s. 11(b) application, except when a matter of principle is involved or when clearly unacceptable delay is being excused.

Now to dispose of this case.

The delay in this case, if unexplained, is surely *prima facie* unreasonable. Of course most of it is easily explained by the fact that the accused caused it and there is therefore waiver as regards those periods of time. There remains Osborne J.'s finding that there was a delay of nineteen months which was not caused by the applicant. Such a delay is open to justification, such as, to give examples, acquiesced to by the applicant or because of institutional limitations or because of some excusable peculiar difficulty inherent in the nature of the case. However, the Crown's position as regards those nineteen months is, to put it at its best, to excuse nine months and to acknowledge that the remaining ten months were caused by non-intentional but nevertheless negligent inaction on its part. With deference to contrary views, I am of the view that ten months to try a person is in run-of-the-mill situations long and, if challenged under the *Charter*, needs to be explained and justified; and in most cases probably will. Those ten months when inserted into other explained and justified periods of time still stand to be explained. The Crown's admission as regards those ten months of inaction due to nothing else but negligence renders the overall period to bring Mills to trial unreasonable.

I am not unmindful of the fact that Mills' conduct in relation to this case was the cause of much delay. But this does not excuse those ten months of inaction, though under other circumstances it could have done so.

I would therefore allow the appeal and order that the proceedings before Judge Baker be stayed.

The reasons of Beetz, McIntyre and Chouinard were delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of the term a "court of competent jurisdic-

En bref, cette Cour ne doit pas modifier une décision définitive d'une cour d'appel relative à une demande selon l'al. 11b), sauf quand une question de principe est en cause ou quand on excuse un délai clairement inacceptable.

Maintenant pour régler la présente affaire.

Le délai en l'espèce, s'il est inexpliqué, est sûrement à première vue déraisonnable. Certes la plus grande partie s'explique facilement par le fait que l'accusé l'a provoqué et il existe donc une renonciation pour ce qui est de ces périodes. Il reste la conclusion du juge Osborne qu'un délai de dix-neuf mois n'est pas imputable au requérant. On peut justifier ce délai, par exemple, s'il a été accepté par le requérant, s'il est dû à des limitations institutionnelles ou à une certaine difficulté particulière excusable et inhérente à la nature de l'espèce. Toutefois la position de la poursuite pour ce qui est de ces dix-neuf mois consiste, au mieux, à excuser neuf mois et à reconnaître que les autres dix mois de délai sont imputables à l'inaction involontaire mais néanmoins négligente de sa part. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis que dix mois pour juger quelqu'un est une longue période dans les cas ordinaires et, si on la conteste en se fondant sur la *Charte*, il faudra la justifier et l'expliquer; dans la plupart des cas on pourra probablement le faire. Ces dix mois, même placés avec d'autres périodes expliquées et justifiées, doivent néanmoins être expliqués. L'admission par la poursuite en ce qui concerne ces dix mois d'inaction imputables à rien d'autre que la négligence rend le délai total pour juger Mills déraisonnable.

Je n'oublie pas le fait que la conduite de Mills en l'espèce a causé une bonne partie du délai. Mais ceci n'excuse pas ces dix mois d'inaction, même si en d'autres circonstances, il aurait pu en être autrement.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la suspension des procédures devant le juge Baker.

Version française des motifs des juges Beetz, McIntyre et Chouinard rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi requiert l'examen de l'expression un «tribunal com-

tion" in s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and as well of the procedure to be employed in seeking a remedy under that section.

My brother Lamer in his reasons for judgment has set out the facts regarding the history of the proceedings and events before the preliminary hearing commenced and I need not repeat them here. I will, however, briefly review the proceedings which took place in the various courts leading up to the appeal to this Court. At the commencement of the preliminary hearing before Judge Baker in the Provincial Court (Criminal Division) for the County of Middlesex, and before any evidence was heard, a preliminary motion was made by the accused, the appellant before us, on two bases, namely, that the proceedings by reason of delay amounted to an abuse of process and should on that account be stayed, and that the appellant's right under s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time, had been violated and the proceedings were amenable to a remedy under s. 24(1). Judge Baker received evidence by affidavit and held, that he had no jurisdiction to deal with the common law concept of abuse of process but that he, sitting as a judge conducting a preliminary hearing, was a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. He concluded that s. 24(1) raised a substantive matter and was not, therefore, retrospective. He dismissed the motion: (1982), 2 C.R.R. 300.

A motion was then made in the motions court in London before Osborne J. The motion sought an order in the nature of prohibition to prohibit Judge Baker, or any other provincial court judge, from proceeding with the preliminary hearing and it sought as well an order in the nature of *certiorari* quashing the information, together with a remedy under s. 24(1) of the *Charter* alleging an infringement of the accused's rights under s. 11(b) of the *Charter*.

Osborne J. expressed the view that Judge Baker, as a preliminary hearing judge, was a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter*. He nevertheless concluded on a consider-

pétent» qui figure au par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et celle de la procédure à suivre pour obtenir une réparation en vertu de cette disposition.

^a Puisque mon collègue le juge Lamer, dans ses motifs de jugement, fait l'historique des procédures et des événements antérieurs à l'enquête préliminaire, point n'est besoin de le refaire ici. Je me propose cependant de passer brièvement en revue les procédures qui ont eu lieu devant les différentes juridictions jusqu'à ce pourvoi. Au début de l'enquête préliminaire devant le juge Baker de la Cour provinciale du comté de Middlesex (Division criminelle) et avant qu'aucune preuve n'ait été entendue, l'accusé, l'appelant en cette Cour, a présenté une requête préliminaire comportant deux allégations: selon la première, en raison du délai, les procédures étaient abusives et devaient en conséquence être suspendues, et, selon la seconde, il y avait eu atteinte au droit conféré à l'appelant par l'al. 11b) de la *Charte* d'être jugé dans un délai raisonnable, ce qui donnait ouverture à une réparation en vertu du par. 24(1). Sur la foi des affidavits produits devant lui, le juge Baker a conclu qu'il n'avait pas compétence pour examiner le concept des procédures abusives en *common law*, mais que, en tant que juge à l'enquête préliminaire, il était un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Concluant que le par. 24(1) soulevait une question de fond et n'avait donc pas d'effet rétroactif, le juge Baker a rejeté la requête: (1982), 2 C.R.R. 300.

^g On a ensuite présenté au juge Osborne de la cour des requêtes de London une requête visant à obtenir une ordonnance de la nature d'une prohibition qui aurait empêché le juge Baker ou tout autre juge de la cour provinciale de continuer l'enquête préliminaire. La requête sollicitait également, en plus d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* qui aurait annulé la dénonciation, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* au motif qu'on aurait porté atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) de la *Charte*.

^j Selon le juge Osborne, le juge Baker, en sa qualité de juge à l'enquête préliminaire, constituait un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Un examen au fond l'a néanmoins mené

ation of the merits that there had been no unreasonable delay. He dismissed the motion: (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112.

An appeal was taken to the Ontario Court of Appeal under s. 719 of the *Criminal Code*. The appeal under that section could apply only to the prerogative portion of the case, that is, the refusal of the application for an order of prohibition and *certiorari*. The Court of Appeal declined to express an opinion as to whether Judge Baker, as a preliminary hearing judge, was a court of competent jurisdiction, but they were not persuaded that Osborne J. was in error on the merits and they dismissed the appeal: (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

In the result, as these proceedings stand prior to the resolution of this appeal, the matter is to be returned to the provincial court for the completion of the preliminary. Since I have come to the conclusion that both Judge Baker and Osborne J. reached the right result (though as will appear in my view for the wrong reasons) a simple dismissal of the appeal with nothing further would dispose of the matter. The question of a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* is, however, one of importance and one which has given concern to courts at all levels in the country. While it is generally wise not to deal with issues not directly raised, it appears to me that the question must be considered in this appeal and dealt with.

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. In fact, the jurisdictional boundaries created by Parliament and the Legislatures are for the very purpose of restraining the courts by confining their actions to their allotted spheres. In s. 24(1) of the *Charter* the right has been given, upon the alleged infringement or

à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de délai déraisonnable et il a rejeté la requête: (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112.

^a Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*. Or, l'appel fondé sur cette disposition ne pouvait attaquer que le refus d'accorder des brefs de ^b prérogative, c'est-à-dire le refus d'accorder la prohibition et le *certiorari* demandés. La Cour d'appel s'est abstenue d'exprimer une opinion sur la question de savoir si le juge Baker, en tant que juge à l'enquête préliminaire, était un tribunal compétent, mais elle n'a pas été convaincue que le juge Osborne avait commis une erreur sur le fond. L'appel a donc été rejeté: (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

^d Par conséquent, sous réserve de ce qui pourra être décidé en cette Cour, l'affaire doit être renvoyée à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse être menée à terme. Étant ^e donné ma conclusion que le juge Baker et le juge Osborne ont rendu la bonne décision (quoique, à mon avis, comme on va pouvoir le constater, pour les mauvaises raisons), il suffirait simplement en l'espèce de rejeter le pourvoi sans en dire davantage. Toutefois, la question de savoir ce qui constitue un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte* est importante et a préoccupé tous les degrés de juridiction du pays. Quoiqu'il soit en ^f règle générale sage de ne pas traiter de points qui ne sont pas directement en litige, il me semble qu'en l'espèce il faut examiner et trancher la question.

^h En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal ⁱ compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux. De fait le Parlement et les législatures ont délimité la compétence des tribunaux pour précisément les tenir en bride en limitant leurs actions aux domaines qui sont les ^j leurs. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère le

denial of a *Charter* right, to apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The *Charter* has made no attempt to fix or limit the jurisdiction to hear such applications. It merely gives a right to apply in a court which has jurisdiction. It will be seen as well that it prescribes no remedy but leaves it to the court to find what is appropriate and just in the circumstances.

The questions then arise as to which of the courts are courts of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and what is the nature of the remedy or remedies which may be given. In attacking these problems, that of jurisdiction and that of remedy, the courts are embarking on a novel exercise. There is little, if any, assistance to be found in decided cases. The task of the court will simply be to fit the application into the existing jurisdictional scheme of the courts in an effort to provide a direct remedy, as contemplated in s. 24(1). It is important, in my view, that this be borne in mind. The absence of jurisdictional provisions and directions in the *Charter* confirms the view that the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure. There is no need for special procedures and rules to give it full and adequate effect.

A great many *Charter* questions will arise in criminal cases such as the one before us. My comments will be confined to such cases. The *Criminal Code* sets up the framework for the disposition of criminal matters with respect to both indictable and summary conviction offences. A summary conviction court, as defined in s. 720 of the *Code*, presided over by a justice or magistrate as defined in s. 2 of the *Code*, is provided for the disposition of summary conviction matters at first instance. For indictable offences, the *Code* creates both a superior court of criminal jurisdiction (s. 2) which has jurisdiction to try any indictable offence (s. 426) and a court of criminal jurisdiction, as

droit, en cas de violation ou de négation alléguée d'un droit garanti par la *Charte*, de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La *Charte* ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence pour entendre de telles demandes. Elle ne fait qu'accorder un droit de s'adresser à un tribunal compétent. Nous verrons en outre qu'elle ne prescrit pas la réparation, mais laisse au tribunal le soin de déterminer ce qui est convenable et juste eu égard aux circonstances.

Il faut donc se demander quels sont les tribunaux compétents au sens du par. 24(1) de la *Charte* et quelle est la nature de la réparation ou des réparations qui pourront être accordées. En abordant le problème de la compétence et celui de la réparation appropriée, les tribunaux font œuvre de pionniers. La jurisprudence ne leur est que de peu pour ne pas dire d'aucun secours. Leur tâche consistera simplement à insérer la demande dans le régime existant de compétence des tribunaux afin d'essayer de fournir une réparation directe conformément au par. 24(1). Il s'agit là, selon moi, d'un point qu'il ne faut pas perdre de vue. L'absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne. Point n'est besoin de procédures et de règles particulières pour lui donner son plein et entier effet.

Un grand nombre de questions relatives à la *Charte* se poseront dans des affaires criminelles comme celle dont nous sommes présentement saisis. Mes observations se limitent aux affaires de ce genre. Le *Code criminel* prévoit les modalités de règlement des affaires criminelles, qu'il s'agisse d'actes criminels ou d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Une cour des poursuites sommaires, terme défini à l'art. 720 du *Code*, présidée par un juge de paix ou un magistrat au sens de la définition figurant à l'art. 2 du *Code*, a été constituée pour connaître en première instance des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Pour les actes criminels,

defined in s. 2 of the *Code*, which has a lesser jurisdiction in the trial of indictable offences and which includes a magistrate or judge acting under Part XVI of the *Code*. These courts, together with the summary conviction courts, deal with all criminal proceedings under the *Criminal Code* at first instance. In addition, where an accused charged with an indictable offence elects trial other than before a magistrate, a preliminary hearing is held in accordance with Part XV of the *Code*. This occurred in the case at bar. Faced with this choice of courts, where does the aggrieved person seek a s. 24(1) remedy?

Magistrate Sitting at Preliminary Hearing

The preliminary hearing magistrate, now ordinarily a provincial court judge, finds his jurisdiction in Part XV of the *Criminal Code* of Canada. He is given jurisdiction to conduct the inquiry and in the process he must hear the evidence called for both parties and all cross-examination. He is given procedural powers under ss. 465 and 468 of the *Code*, including a power to direct the trial of an issue as to the fitness to stand trial. His principal powers are conferred in s. 475. After all the evidence has been taken, he may commit the accused for trial if, in his opinion, the evidence is sufficient, or discharge the accused if, in his opinion, upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. It is said that he should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under

le *Code* crée une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 2) ayant compétence pour juger tout acte criminel (art. 426) ainsi qu'une cour de juridiction criminelle, définie à l'art. 2 du *Code*, qui est investie d'une compétence moindre à l'égard des actes criminels et qui comprend un magistrat ou un juge agissant sous l'autorité de la Partie XVI du *Code*. Ces tribunaux, ainsi que les cours des poursuites sommaires, traitent en première instance de toutes les procédures criminelles intentées en vertu du *Code criminel*. De plus, lorsqu'une personne accusée d'un acte criminel choisit d'être jugée autrement que par un magistrat, une enquête préliminaire a lieu conformément à la Partie XV du *Code*. C'est ce qui est arrivé en l'espèce. Devant un tel choix de tribunaux, à quel tribunal la personne lésée peut-elle s'adresser pour obtenir une réparation en vertu du par. 24(1)?

Le magistrat à l'enquête préliminaire

La compétence du magistrat à l'enquête préliminaire (généralement de nos jours un juge de la cour provinciale) découle de la Partie XV du *Code criminel* du Canada. Il a compétence pour mener l'enquête et, ce faisant, il est tenu d'entendre la preuve produite par les deux parties ainsi que tous les contre-interrogatoires. Ses pouvoirs en matière de procédure, conférés par les art. 465 et 468 du *Code*, comprennent le pouvoir d'ordonner que soit tranchée la question de savoir si l'accusé est en état de subir son procès. L'article 475 lui attribue ses principaux pouvoirs. Lorsque toute la preuve a été recueillie, il peut renvoyer l'accusé pour subir son procès s'il estime que cette preuve est suffisante ou encore libérer l'accusé s'il juge la preuve insuffisante pour justifier le renvoi à procès. Il n'a pas compétence pour prononcer l'acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n'a pas non plus la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il s'ensuit donc qu'il n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Or, on soutient qu'il devrait l'être pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le

s. 24(1). In my view, the preliminary hearing magistrate is not therefore a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, and it is not for courts to assign jurisdiction to him. I might add at this stage that it would be a strange result indeed if the preliminary hearing magistrate could be said to have the jurisdiction to give a remedy, such as a stay under s. 24(1), and thus bring the proceedings to a halt before they have started and this in a process from which there is no appeal.

Courts Exercising Criminal Jurisdiction Other than the Provincial Superior Court

These courts, which include by definition a magistrate under Part XVI of the *Criminal Code* and, for purposes of this discussion, magistrates and summary conviction courts, will deal with by far the greatest number of criminal cases. For practical purposes most of the criminal work at first instance is done in these courts, therefore most of the applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* will be made to them. These courts will be courts of competent jurisdiction, where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and power to make the orders sought. It is to be hoped that trial judges will devise, as the circumstances arise, imaginative remedies to serve the needs of individual cases. Such remedies must remain, however, subject to constitutional restraint, that is, they must remain within the ambit of criminal powers. A claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process. There will be an exception where a claim for prerogative relief in the nature of prohibition, *certiorari*, *mandamus* or other prerogative matter is raised. Such a claim would fall within the sole jurisdiction of the superior court. Where such relief is sought, or where a claim for relief, if granted, would involve interference in proceedings before another court, there would be

répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1). À mon sens, le magistrat à l'enquête préliminaire n'est donc pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* et il n'appartient à aucun tribunal de lui confier la compétence. Il convient d'ajouter ici que le résultat serait bien étrange si l'on pouvait dire que le magistrat à l'enquête préliminaire avait compétence pour accorder une réparation, telle une suspension des procédures en vertu du par. 24(1), arrêtant ainsi les procédures avant même qu'elles ne commencent, et ce par une décision non susceptible d'appel.

Les tribunaux autres que la cour supérieure provinciale ayant compétence en matière criminelle

Ce sont ces tribunaux, qui englobent par définition un magistrat visé par la Partie XVI du *Code criminel* et, aux fins de la présente analyse, les magistrats et les cours de poursuites sommaires, qui seront saisis du plus grand nombre d'affaires criminelles. Du point de vue pratique, la plupart des affaires criminelles seront entendues en première instance par ces tribunaux-là. Par conséquent, la majorité des demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* leur seront adressées. Ces tribunaux constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre les ordonnances demandées. Il est à espérer que les juges du procès sauront, le cas échéant, faire preuve d'imagination en inventant des réparations adaptées aux besoins de chaque cas. Toutefois, ces réparations n'en demeurent pas moins assujetties aux restrictions imposées par la Constitution, c'est-à-dire qu'elles doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Une demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu'accèssoire nécessaire du procès. Il y a cependant une exception lorsqu'on a recours aux brefs de prérogative de la nature d'une prohibition, d'un *certiorari*, d'un *mandamus*, ou autre moyen de prérogative. Toute demande de ce genre relève de la compé-

no jurisdiction in the non-superior court of criminal jurisdiction.

Provincial Superior Court

In each province and in the Territories the superior court has been created by statute. This court has generally been given all the historic jurisdiction and power of the High Court in England and in all matters arising between the Crown and subject and subject and subject. The jurisdiction of the superior court is derived from the creating statutes and the common law and from its nature as a superior court, a court in which jurisdiction is generally presumed. This court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* at first instance, that is to say, in cases where the issue arises in matters proceeding before it or where the proceeding originated in that court because of the absence of another forum with jurisdiction. The superior court will, of course, continue to have jurisdiction as a reviewing court where prerogative claims are advanced. The superior court jurisdiction will not displace that of other courts of limited jurisdiction. Considerations of convenience, economy and time will dictate that remedies under s. 24(1) will ordinarily be sought in the courts where the issues arise. Save for cases originating and proceeding in the superior court, resort to it will be necessary only where prerogative relief is sought.

Procedure

Problems have arisen in connection with the procedure to be followed relating to *Charter* remedies and some confusion has existed in various courts. As has been said on many occasions, the *Charter* was not enacted in a vacuum. It was created to form a part—a very important part—of the Canadian legal system and, accordingly, must fit into that system. It will be noted at once that s. 24(1) gives no jurisdictional or procedural guide.

tence exclusive de la cour supérieure. Quand une telle réparation est sollicitée ou qu'une demande de redressement, si on y faisait droit, entraînerait une intervention dans des procédures devant un autre tribunal, seule la cour supérieure de juridiction criminelle a compétence.

Cour supérieure provinciale

Chaque province et les territoires sont de par la loi dotés d'une cour supérieure. D'une manière générale cette cour a hérité de la compétence et du pouvoir historiques de la Haute Cour d'Angleterre relativement à tous les litiges entre Sa Majesté et ses sujets ainsi qu'entre sujets. La compétence de la cour supérieure dérive des textes législatifs qui l'ont créée, de la *common law* et de sa qualité de cour supérieure, tribunal dont la compétence est généralement présumée. Il s'agit d'une cour qui sera toujours un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* en première instance, c'est-à-dire dans des affaires où la question litigieuse est soulevée dans le cadre d'une instance devant cette cour ou lorsque la procédure a été engagée devant elle parce qu'il n'y avait pas d'autre tribunal compétent. Bien entendu, la cour supérieure continuera d'avoir compétence en matière de recours de prérogative. La compétence de la cour supérieure ne viendra pas supplanter la compétence limitée d'autres tribunaux. Des considérations de commodité, d'économie et de temps feront que les réparations demandées en vertu du par. 24(1) le seront normalement aux tribunaux devant lesquels les questions ont pris naissance. Mis à part les instances introduites devant la cour supérieure et instruites par elle, il ne sera nécessaire de s'adresser à elle que pour obtenir un bref de prérogative.

Procédure

Des problèmes se sont posés quant à la procédure à suivre en ce qui concerne les réparations offertes par la *Charte* et une certaine confusion existe devant différentes juridictions. Comme il a été souligné à maintes reprises, la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide. Elle a été créée pour former une partie, une partie très importante, du système juridique canadien et, en conséquence, elle doit s'insérer dans ce système. On peut constater

This absence makes it clear that the procedures presently followed must be adapted and used for the accommodation of applications for relief under s. 24(1).

Pre-Trial Motions

There will be occasions when it will be advisable to move for relief under s. 24(1) of the *Charter* before trial. In my view, however, it is by no means necessary to erect a new procedural scheme for this purpose. The pre-trial motion and its near relative, the preliminary motion or preliminary objection, are well known in the law and may be employed in seeking s. 24(1) relief once an indictment has been preferred. Pre-trial motions may be made to quash the indictment for defect in substance or in form (s. 510 of the *Code*), to sever counts in an indictment (s. 520(3) of the *Code*), for particulars of the indictment (s. 516 of the *Code*), and to sever trials of co-accused (s. 520(3) of the *Code*). The general practice of the courts has been to encourage such applications to be brought early so that preliminary matters may be disposed of at the outset, particularly when they are of such nature that they may affect the validity of the proceedings. This principle has been given statutory recognition in s. 529 of the *Code*, which provides in subs. (1) that an objection to a count of an indictment for a defect apparent on its face shall be taken by a motion to quash before plea and thereafter only by leave of the court. A similar provision relating to summary conviction matters was found in s. 732 of the *Code*. This subject is conveniently dealt with in *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984) by Salhany, at pp. 209-10. In my view, no great difficulty will be encountered in including in the legal armory a pre-trial motion for s. 24(1) *Charter* relief, subject to the existing practice for other motions. It may be that occasions will arise where a trial judge may find it necessary in dealing with a s. 24(1) application to receive *viva voce* evidence on the question raised to enable him to dispose of the application. In my view, it would be within the discretionary power of a trial judge to follow this practice where, in his view, it was necessary. For the purpose of a

immédiatement que le par. 24(1) ne contient pas d'indications relatives à la compétence ou à la procédure. Il découle nettement de cette omission que les procédures présentement suivies doivent être adaptées et appliquées aux demandes de réparation fondées sur le par. 24(1).

Requêtes préalables au procès

Dans certains cas, il sera souhaitable de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* avant le procès. Selon moi, toutefois, il n'est pas du tout nécessaire de créer à cette fin un nouveau régime de procédure. La requête préalable ainsi que la procédure voisine, la requête préliminaire ou le moyen préliminaire, sont bien connues en droit et on peut y avoir recours pour demander une réparation en vertu du par. 24(1) dès qu'un acte d'accusation a été présenté. Des requêtes préalables peuvent tendre à obtenir l'annulation de l'acte d'accusation pour un vice de fond ou de forme (art. 510 du *Code*), à obtenir un procès distinct pour chaque chef mentionné dans un acte d'accusation (par. 520(3) du *Code*), à obtenir des détails relatifs à l'acte d'accusation (art. 516 du *Code*) et à obtenir des procès distincts pour chaque coaccusé (par. 520(3) du *Code*). En règle générale, les tribunaux encouragent les parties à présenter rapidement ces demandes afin que les questions préliminaires puissent être réglées dès le début, surtout lorsque celles-ci sont de nature à pouvoir vicier les procédures. Ce principe est reconnu par la loi à l'art. 529 du *Code*, qui, à son par. (1), porte qu'une objection à un des chefs d'un acte d'accusation, pour un vice de forme apparent à sa face même, doit être présentée par requête en annulation, avant le plaidoyer, et, par la suite, seulement sur permission de la cour. Une disposition analogue relative aux affaires sommaires figurait à l'art. 732 du *Code*. On trouve une étude utile de ce sujet dans *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), par Salhany, aux pp. 209 et 210. À mon avis, il n'y aura pas de difficulté majeure à inclure dans l'arsenal juridique une requête préalable visant à obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, requête qui serait assujettie à l'usage présentement applicable aux autres requêtes. Il se peut qu'un juge du procès, saisi d'une demande fondée sur le par.

pre-trial motion for s. 24(1) relief, the claimant may institute his motion at any time before plea and at any time after he has received or become entitled to receive the indictment or information. Where a court has not been ascertained for trial by committal, election, summons, preferment or arraignment, the application could be made to the superior court for prerogative relief.

Appeals

Criminal appeals by a person convicted of an indictable offence are provided for in the *Criminal Code* in s. 603 to the Court of Appeal, in ss. 618 and 620 to the Supreme Court of Canada, and in s. 719 in respect of the prerogative matters involving mandamus, *certiorari* or prohibition. It has long been settled law that there is no right of appeal in criminal matters, save as provided by statute, and the *Code* in s. 602 reinforces this proposition by providing that "No proceedings other than these authorized by this Part [Part XVIII—Appeals, Indictable Offences] and Part XXIII [Extraordinary Remedies—*certiorari*, *habeas corpus*, mandamus and prohibition] shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences."

Again, it must be observed that the *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. Since the *Charter* has conferred a right to seek a remedy under the provisions of s. 24(1) and since claims for remedy will involve claims alleging the infringement of basic rights and fundamental freedoms, it is essential that an appellate procedure exist. There is no provision in the *Code* which provides a specific right to appeal against the

24(1), puisse parfois trouver nécessaire de recevoir des témoignages de vive voix sur la question soulevée afin d'être en mesure de statuer sur la demande. À mon avis, le juge du procès jouit du pouvoir discrétionnaire d'agir ainsi chaque fois qu'il l'estime nécessaire. L'appelant peut présenter sa requête préalable visant à obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) à n'importe quel moment avant le plaidoyer et après qu'il a reçu ou qu'il est en droit de recevoir l'acte d'accusation ou la dénonciation. Lorsque le tribunal où le procès aura lieu n'a pas été établi par le renvoi à procès, par l'exercice d'un choix, par sommation, par la présentation d'un acte approprié ou par interpellation, la demande de bref de prerogative pourrait être adressée à la cour supérieure.

Appels

Le *Code criminel* prévoit qu'une personne déclarée coupable d'un acte criminel peut interjeter appel. En effet, à l'art. 603 il s'agit d'appels à la Cour d'appel; les art. 618 et 620 autorisent les pourvois à la Cour suprême du Canada et l'art. 719 porte sur des appels en matière de *mandamus*, de *certiorari* ou de prohibition. Il est depuis longtemps bien établi en droit qu'il n'y a aucun droit d'appel en matière pénale, sauf dans la mesure où un texte législatif le prévoit; l'art. 602 du *Code* vient renforcer cette proposition en prévoyant que «Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente Partie [Partie XVIII—Appels, Actes criminels] et la Partie XXIII [Recours extraordinaires — *certiorari*, *habeas corpus*, *mandamus* et prohibition] ne doit être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.»

Il faut encore souligner que la *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). Puisque la *Charte* confère un droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) et que de telles demandes comporteront des allégations de violation de libertés et de droits fondamentaux, l'existence d'une procédure d'appel est indispensable. Aucune disposition du *Code* ne prévoit expressément un droit d'en appeler d'une déci-

granting, or the refusal, of a *Charter* remedy under s. 24(1), but appeals are provided for which involve questions of law and fact. The *Charter*, forming part of the fundamental law of Canada, is therefore covered and the refusal of a claim for *Charter* relief will be appealable by a person aggrieved as a question of law, as will be the granting of such relief by the Crown. The appeal will follow the normal, established procedure. When the trial is completed the appeal may be taken against the decision or verdict reached and the alleged error in respect of the claim for *Charter* relief will be a ground of appeal.

The question has been raised as to whether there can be something in the nature of an interlocutory appeal in which a claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* may appeal immediately upon a refusal of his claim and before the trial is completed. It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters. This principle has been reinforced in our *Criminal Code* (s. 602, *supra*) prohibiting procedures on appeal beyond those authorized in the *Code*. It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the *Code*. The question was the subject of the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262. Brooke J.A. wrote the judgment of the court (Brooke, Lacourcière and Tarnopolsky J.J.A.) and concluded that interlocutory appeals in respect of refusals of *Charter* remedies under s. 24(1) were not open. In that case the accused, who were charged with conspiracy to procure an illegal abortion, before trial brought a motion to quash or stay the indictment, in the form of a claim that the proceedings were an abuse of process, alleging that s. 251 of the *Code* was contrary to the *Charter* and the *Canadian Bill of Rights* and other non-*Charter* relief. The motion was refused by the trial judge and the accused appealed before the trial was completed. The Court of Appeal quashed the appeal. Brooke J.A. reviewed the authorities on the question and concluded that neither s. 24(1) of the *Charter* nor s.

sion accordant ou refusant une réparation visée par le par. 24(1) de la *Charte*, mais des appels sur des questions de droit et de fait sont toutefois autorisés. La *Charte* en tant que composante du droit ^a fondamental du Canada n'y échappe donc pas et, de même qu'une personne lésée pourra porter en appel le rejet d'une demande de réparation en vertu de la *Charte* en tant que question de droit, de même Sa Majesté pourra interjeter appel si cette ^b réparation est accordée. L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. À l'issue du procès, il sera loisible de faire appel de la décision ou du verdict et l'erreur qui aurait été ^c commise relativement à la demande de réparation en vertu de la *Charte* constituera un moyen d'appel.

On a posé la question de savoir s'il peut y avoir ^a quelque chose de la nature d'un appel interlocutoire grâce auquel le requérant en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait, en cas de rejet de sa demande, en appeler immédiatement et avant la fin du procès. Selon un principe bien établi, les ^e seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. Ce principe se trouve renforcé par notre *Code criminel* (art. 602, précité) qui interdit les procé- ^f dures d'appel qui ne sont pas autorisées par le *Code*. Soulignons que celui-ci ne prévoit pas d'appels interlocutoires. Or, cette question a été jugée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262. Le juge ^g Brooke, qui a rédigé les motifs de la cour (les juges Brooke, Lacourcière et Tarnopolsky), a conclu qu'il n'y avait aucune possibilité d'appels interlocutoires des refus d'accorder une réparation en ^h vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Dans cette affaire, les accusés, qui étaient inculpés de complot en vue de procurer un avortement illégal, ont présenté préalablement au procès une requête en annulation ou suspension de l'acte d'accusation en ⁱ raison du caractère censément abusif des procédures et parce que l'art. 251 du *Code* allait à l'encontre de la *Charte* et de la *Déclaration canadienne des droits*. La requête tendait en outre à l'obtention d'autres redressements non fondés sur la *Charte*. ^j Déboutés de leur requête par le juge du procès, les accusés ont interjeté appel avant la fin

52(1) of the *Constitution Act, 1982* conferred any right of appeal nor any jurisdiction in the Court of Appeal to hear one. He was clearly of the view that the pursuit of *Charter* remedies must be in accordance with existing practice in Canadian courts. His view on this point is conveniently summarized, at p. 271, where he said:

The meaning to be ascribed to the phrase "court of competent jurisdiction" in s. 24(1) of the *Charter* has been the subject of consideration in a number of cases. The weight of authority is that s. 24(1) does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the *Charter*. We agree with Mr. Doherty that a court is competent if it has jurisdiction, conferred by statute, over the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought. The court presided over by Parker A.C.J.H.C. was the court of competent jurisdiction to which the accused could apply under s. 24(1). It has declared that the rights and freedoms guaranteed to the accused by the *Charter* have not been infringed or denied by charging them under the section of the Criminal Code upon which the count in the indictment was founded. Section 24(1) does not purport to create a right of appeal or bestow appellate powers on this or any other court. Rather it authorizes those courts which have statutory appellate jurisdiction independent of the *Charter* to exercise the remedial power in s. 24(1) in appropriate cases when disposing of appeals properly brought before the court.

In my view, Brooke J.A. in this passage has correctly stated the law on this question.

He also dealt with an argument raised by counsel, to the effect that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* could provide a basis on which could be based a right of appeal and jurisdiction for the court to hear an appeal from an interlocutory motion where a constitutional issue was raised in a criminal case. This argument found support in the

du procès. Cet appel a été rejeté par la Cour d'appel. Le juge Brooke, après avoir passé en revue la jurisprudence et la doctrine pertinentes, a conclu que ni le par. 24(1) de la *Charte* ni le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne conféraient de droit d'appel, pas plus qu'ils n'habilitaient la Cour d'appel à entendre un appel. De toute évidence, le juge Brooke a estimé que les demandes de réparations prévues par la *Charte* doivent se conformer à l'usage existant des tribunaux canadiens. Son point de vue à cet égard est commodément résumé à la p. 271 de ses motifs en ces termes:

[TRADUCTION] La question du sens à prêter à l'expression «tribunal compétent» au par. 24(1) de la *Charte* a été étudiée dans plusieurs décisions. La jurisprudence penche nettement vers l'opinion selon laquelle le par. 24(1) ne crée pas de tribunaux compétents, mais a simplement pour effet d'investir de pouvoirs supplémentaires les tribunaux qui ont déjà compétence indépendamment de la *Charte*. Nous sommes d'accord avec M^e Doherty qu'un tribunal est compétent s'il possède une compétence *ratione personae* et *ratione materiae*, conférée par la loi, et s'il détient en outre le pouvoir de rendre l'ordonnance sollicitée. La cour présidée par le juge en chef adjoint Parker était un tribunal compétent auquel les accusés pouvaient s'adresser conformément au par. 24(1). Ce tribunal a déclaré que le fait d'avoir été inculpés en vertu de l'article du Code criminel sur lequel était fondé le chef d'accusation énoncé dans l'acte d'accusation ne constituait pas une violation ou une négation des droits et libertés garantis aux accusés par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) ne crée aucun droit d'appel ni n'attribue à cette cour ni à aucun autre tribunal des pouvoirs en matière d'appel. Au contraire, il autorise les tribunaux dotés d'une compétence d'appel découlant de la loi indépendamment de la *Charte*, à exercer, le cas échéant, le pouvoir réparateur du par. 24(1) dans les cas appropriés en tranchant les appels dont ils se trouvent légitimement saisis.

Selon moi, le juge Brooke énonce correctement dans ce passage le principe de droit applicable.

Le juge Brooke a en outre examiné l'argument de l'avocat voulant que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pouvait fonder un droit d'appel et en même temps habilitier la cour à entendre un appel d'une requête interlocutoire lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée dans une affaire criminelle. À l'appui de cet argu-

Manitoba case of *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A.) In that case persons charged before the trial court sought an order declaring two sections of the *Criminal Code* to be invalid as infringing their *Charter* rights. The motion was dismissed and the trial ordered to proceed. The accused persons appealed to the Manitoba Court of Appeal (Hall, Matas, Philp J.J.A.) The Court of Appeal would not accept that the court had no jurisdiction, but it decided that it would be inappropriate to hear the appeal. Matas J.A. said, at pp. 530-31:

Accordingly, for the reasons set out above, I would not accept the Crown's submission that this court does not have jurisdiction to hear the appeal but would grant the Crown's motion to quash the appeal on the ground that it would not be appropriate to allow the appeal to go forward.

Brooke J.A. declined to agree with counsel that Matas J.A. must be taken to have concluded that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides a right of appeal whenever a constitutional issue arises in a criminal case. He said (at pp. 273-74):

It may be that the court was concerned that it should not foreclose the *Constitution Act* as a possible basis for jurisdiction if there were circumstances were [*sic*] there was no lower court which was a court of competent jurisdiction to which to apply for a remedy if rights and freedoms guaranteed by the *Charter* were refused or denied. That is not this case. There is a right of appeal to the Court of Appeal and jurisdiction in this court to hear an appeal by these accused in the event that they are convicted and, of course, the constitutional issue may well form a ground of such appeal if the accused are so advised. Moreover, there are strong policy reasons against interrupting the trial process with appeals to the Court of Appeal. The Court of Appeal for Manitoba recognized this in *Bird*, supra. The policy reasons are well known and need not be repeated here. For example, see the judgment of MacDonald J.A. in *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269, 128 A.P.R. 269 (C.A.).

In the result, then, we agree with the submissions of Crown counsel that neither s. 24(1) of the *Charter* nor s. 52(1) of the *Constitution Act* of themselves give any

ment on a invoqué l'arrêt manitobain *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A.) Dans cette affaire, des personnes inculpées devant la juridiction de première instance ont demandé une ordonnance qui aurait déclaré invalides deux articles du *Code criminel* parce qu'ils portaient atteinte à leurs droits garantis par la *Charte*. La requête a été rejetée et on a ordonné la continuation du procès. Les accusés en ont appelé à la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hall, Matas, Philp). Bien qu'elle eût refusé de conclure qu'elle n'avait pas compétence, la Cour d'appel a décidé qu'il ne serait pas approprié qu'elle entende l'appel. Le juge Matas a dit, aux pp. 530 et 531:

[TRADUCTION] Par conséquent, pour les motifs exposés précédemment, je rejette l'argument de la poursuite selon lequel cette cour n'a pas compétence pour entendre l'appel; je suis toutefois d'avis d'accueillir sa requête en annulation de l'appel pour le motif qu'il ne serait pas approprié de permettre qu'il suive son cours.

L'avocat a fait valoir qu'on devait conclure que, de l'avis du juge Matas, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit un droit d'appel chaque fois qu'une question constitutionnelle se pose dans une affaire criminelle, mais le juge Brooke a écarté ce point de vue, en disant (aux pp. 273 et 274):

[TRADUCTION] Il se peut que la cour se soit attachée à ne pas exclure la *Loi constitutionnelle* comme un fondement possible de compétence dans l'hypothèse où il n'y aurait aucun tribunal compétent de degré inférieur auquel on pourrait demander réparation pour une violation ou une négation de droits et libertés garantis par la *Charte*. Telle n'est toutefois pas la situation en l'espèce. Il y a un droit d'appel devant la Cour d'appel et celle-ci a compétence pour entendre un appel formé par ces accusés s'ils sont reconnus coupables et, bien entendu, la question constitutionnelle pourra fort bien être alors un moyen d'appel si cela est conseillé aux accusés. De plus, il y a des puissantes raisons de principe de ne pas interrompre le déroulement du procès par des appels devant la Cour d'appel. C'est ce qu'a reconnu la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Bird*, précité. Les raisons de principe susmentionnées sont bien connues et n'ont pas besoin d'être répétées ici. Voir par exemple, les motifs du juge MacDonald dans l'arrêt *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269, 128 A.P.R. 269 (C.A.)

En définitive donc, nous retenons les arguments de l'avocat de la poursuite selon lesquels ni le par. 24(1) de la *Charte* ni le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle*

right of appeal to this court or jurisdiction in this court to hear this appeal.

I am in respectful agreement with Brooke J.A. With deference to the view expressed by Matas J.A., in so far as it may be said to recognize a right in a person to appeal to the Court of Appeal on an interlocutory basis from a refusal by the trial court of a *Charter* claim before the completion of the trial, and jurisdiction in the Court of Appeal to hear it, I would reject it. I find support for this view in *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206 (Que. C.A.), and in the judgment of Craig J.A. in *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123 (B.C.C.A.) Esson J.A., for the majority, considered a question not dealt with by Craig J.A. He said, at p. 136:

There is, however, another issue to be considered That question is whether a right of appeal has been conferred under provincial legislation which, in this province, is the *Court of Appeal Act*, 1982 (B.C.), c. 7.

He then said, after referring to *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, and *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n (B.C.C.A.), at p. 137:

The question is: do the *Code's* limitations upon rights of appeal apply to *Charter* issues which are raised in respect of indictable offences?

A similar argument was raised in the case of *Morgentaler*, *supra*, and dealt with in summary terms by Brooke J.A., at p. 274:

Finally, Mr. Manning contends that jurisdiction may be found in the *Judicature Act*, particularly ss. 2 and 28. On the hearing of the preliminary motion we rejected this submission because this appeal arises in the context of criminal proceedings and s. 602 of the *Criminal Code* is exhaustive of appellate remedies with respect to the offence with which the accused are charged. The *Judicature Act* has no application in the circumstances: *R. v. Forget* (1982), 35 O.R. (2d) 238, 65 C.C.C. (2d) 373 at 374-75 (Ont. C.A.).

n'ont en eux-mêmes pour effet d'accorder un droit d'appel à cette cour ou de donner à celle-ci compétence pour entendre le présent appel.

a Je suis respectueusement d'accord avec le juge Brooke. Avec égards pour l'opinion du juge Matas, dans la mesure où l'on peut dire qu'il reconnaît le droit de recourir à une procédure interlocutoire, avant que le procès ne soit terminé, pour en appeler à la Cour d'appel du rejet par la juridiction de première instance d'une demande fondée sur la *Charte*, et dans la mesure où l'on peut dire qu'il reconnaît à la Cour d'appel compétence pour entendre cet appel, je suis d'avis de la rejeter. Ce point de vue est étayé par l'arrêt *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223, et par les motifs du juge Craig dans l'arrêt *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123 (C.A.C.-B.) Le juge Esson, qui a rédigé les motifs de la majorité, s'est penché sur une question qui n'a pas été abordée par le juge Craig. À la page 136, le juge Esson fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il y a toutefois une autre question à examiner . . . Il s'agit de la question de savoir si un droit d'appel a été conféré par la loi provinciale, en l'occurrence la *Court of Appeal Act*, 1982 (C.-B.), chap. 7.

Le juge Esson se réfère alors aux arrêts *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, et *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n (C.A.C.-B.), puis il ajoute, à la p. 137:

[TRADUCTION] On doit se demander si les restrictions qu'impose le *Code* aux droits d'appel s'appliquent à des questions relevant de la *Charte* soulevées à l'égard d'actes criminels.

Un argument semblable avancé dans l'affaire *Morgentaler*, précitée, a été sommairement rejeté par le juge Brooke à la p. 274:

[TRADUCTION] En dernier lieu, M^e Manning prétend que The *Judicature Act*, particulièrement ses art. 2 et 28, est attributive de compétence. À l'audition de la requête préliminaire, nous avons rejeté cet argument parce que l'appel a pris naissance dans le cadre de procédures criminelles et il n'y a pas d'autres possibilités d'appel à l'égard de l'infraction dont les accusés sont inculpés que celles autorisées par l'art. 602 du *Code criminel*. The *Judicature Act* ne s'applique pas en l'espèce: *R. v. Forget* (1982), 35 O.R. (2d) 238, 65 C.C.C. (2d) 373, aux pp. 374 et 375 (C.A. Ont.)

I see no essential difference between the Ontario statute and the British Columbia *Court of Appeal Act* in this respect and I agree that the provisions of s. 602 of the *Criminal Code*, being exhaustive of appellate remedies with respect to criminal offences, would preclude the possibility of another appeal under any other statute. Legislation regarding criminal appeals falls clearly within the ambit of federal legislative authority. In my view, it is clear that the issue raised in the case at bar arose in a criminal case. Where an accused person invokes a provision of the *Charter* in a criminal case, the question of its application and effect is clearly criminal law within federal jurisdiction.

The argument has been raised that to adopt the view that an unsuccessful claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* must await the outcome of the trial to pursue his appeal is to introduce needless delay into the process of providing *Charter* remedies. It is argued that these applications deal with fundamental rights and freedoms and accordingly should have priority. This argument rests, in my view, on two fallacies. The first is the assumption implicit in the argument that the claimant is entitled to a remedy. The second is that allowing an interlocutory appeal will get a remedy for him more quickly than the ordinary process of the court.

It must be remembered that everyone who claims *Charter* relief will not necessarily get what he seeks. There will be successful claims and unsuccessful claims, and in respect of each claim the question of breach of the right and entitlement to relief will have to be dealt with. This is true of all rights, *Charter* and non-*Charter*. If we recognize some priority arising out of an allegation of a breach of a *Charter* right so that it is somehow lifted from the ordinary flow of cases and given a special right of immediate interlocutory appeal, I fear that the confusion which would result would far outweigh any benefit which successful individuals would achieve. Furthermore, there is no guarantee that an interlocutory appeal will accelerate the process. Rather, experience has shown that the interlocutory motion or appeal has

Je ne vois aucune différence importante à cet égard entre la loi ontarienne et la *Court of Appeal Act* de la Colombie-Britannique et je suis d'accord que l'art. 602 du *Code criminel*, du fait qu'il prévoit d'une façon exhaustive les possibilités d'appel en ce qui concerne les infractions criminelles, exclurait tout autre appel fondé sur un autre texte législatif. Le pouvoir de légiférer relativement aux appels en matière criminelle relève clairement du fédéral. À mon avis, il est clair que la question en l'espèce a été soulevée dans une affaire criminelle. Or, lorsqu'un accusé invoque une disposition de la *Charte* dans une affaire criminelle, la question de son application et de son effet relève incontestablement du droit criminel qui est du ressort fédéral.

On a soutenu que l'adoption du point de vue selon lequel une personne déboutée de sa demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* doit attendre l'issue du procès pour interjeter appel entraînerait des retards inutiles dans le processus réparateur de la *Charte*. Ce type de demandes, prétend-on, porte sur des libertés et des droits fondamentaux et doit en conséquence passer en priorité. Cet argument est à mon sens doublement faux. En premier lieu, il tient pour acquis que le réclamant a droit à une réparation. En second lieu, il suppose qu'un appel interlocutoire, s'il était autorisé, constituerait un moyen plus rapide que les voies de recours judiciaires ordinaires pour obtenir une réparation.

Il faut se rappeler que toutes les personnes qui demandent un redressement en vertu de la *Charte* ne l'obtiendront pas nécessairement. Certaines d'entre elles réussiront et d'autres encore seront déboutées et pour chaque demande il faudra déterminer s'il y a eu violation d'un droit et s'il y a lieu d'accorder une réparation. Ainsi en est-il de tous les droits, ceux conférés par la *Charte* comme les autres. Si nous devons reconnaître à une allégation de violation d'un droit garanti par la *Charte* une espèce de statut prioritaire qui la sortirait en quelque sorte du flot ordinaire des affaires et qui donnerait un droit spécial d'appel interlocutoire immédiat, je crains que la confusion qui en résulterait serait bien loin d'être compensée par l'avantage qu'en tireraient les personnes qui obtiendraient gain de cause. De plus, rien ne dit qu'un

all too frequently been the instrument of delay. In my view, it does not follow that interlocutory appeals will hasten the process. They are far more likely to delay the disposition of cases and would themselves tend to prolong the proceedings involved in the determination of *Charter* infringement. The history of this case affords an example.

Jurisdiction

It has been argued in academic journals that any breach of a *Charter* right is jurisdictional in nature: see Morris Manning, at p. 478, in *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), and Alan Gold, *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27-28. A contrary view has been expressed in other writings: see J. C. Levy, "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523, at pp. 539-40, and E. G. Ewaschuk, "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54, at pp. 70-71. As I understand the argument, it would be that where unreasonable delay is found to have occurred in the course of the prosecution of an offence, the court before which the proceeding is taken will thereby have been deprived of jurisdiction to deal further with the case and the prosecution would come to an end. I reject this view. Section 24(1) of the *Charter* has stated clearly that when a *Charter* right is infringed or denied, a person may apply to a court of competent jurisdiction for such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. It has not specified a remedy and has not excluded the court from further participation in the matter. It has authorized the giving of an appropriate remedy by the court. This is not language from which one can infer that whenever a right is infringed in a prosecution the result must be a loss of jurisdiction by the trial court. Rather, it is language vesting the court with power to correct the situation. If one accepts this jurisdictional argument, it would be to mandate a particular result in every case and to prevent the exercise

appel interlocutoire aurait pour effet d'accélérer le processus. Au contraire, l'expérience démontre qu'une requête ou un appel interlocutoire occasionne bien trop souvent des délais. À mon avis, il ne s'ensuit pas que des appels interlocutoires permettraient de gagner du temps. En fait, il est beaucoup plus probable que ces appels ralentiraient le règlement de litiges et tendraient eux-mêmes à prolonger les procédures visant à établir s'il y a eu violation de la *Charte*. Le déroulement de la présente affaire en est d'ailleurs un exemple.

Compétence

Il a été prétendu dans certaines revues juridiques que toute violation d'un droit garanti par la *Charte* soulève une question de compétence: voir Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), à la p. 478, et Alan Gold, *Annual Review of Criminal Law* (1982), aux pp. 27 et 28. D'autres auteurs ont exprimé le point de vue contraire: J. C. Levy, «The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations» (1983), 13 *Man. L.J.* 523, aux pp. 539 et 540, et E. G. Ewaschuk, «The Charter: An Overview and Remedies» (1982), 26 C.R. (3d) 54, aux pp. 70 et 71. Si je comprends bien l'argument, lorsqu'on conclut qu'il y a eu un délai déraisonnable dans la poursuite de quelqu'un pour une infraction, le tribunal saisi de l'affaire se verra de ce fait privé de compétence pour aller de l'avant dans l'instruction, ce qui mettra fin aux poursuites. Je rejette cette thèse. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* porte clairement que la victime d'une violation ou d'une négation d'un droit conféré par la *Charte* peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Cette disposition ne précise pas la nature de la réparation ni n'exclut toute autre participation du tribunal dans l'affaire. Le tribunal est autorisé à donner une réparation appropriée. Ce ne sont pas des termes dont on peut déduire que chaque atteinte à un droit dans le cadre de poursuites judiciaires entraîne inévitablement la perte de compétence de la juridiction de première instance. Tant s'en faut, car les termes employés investissent le tribunal du pouvoir de rectifier la

of the discretion given in s. 24(1) to give the appropriate remedy. In my view, the fact that a *Charter* right has been infringed does not of itself give rise to jurisdictional error, and I see no basis for the characterization of some *Charter* violations as jurisdictional while others are not.

There will no doubt be cases where the claim for relief under s. 24(1) of the *Charter* will be based on an allegation of jurisdictional error in respect of which prerogative relief in the superior court could be available. The two avenues to seek relief, that is, to the court in which the issue arises for an appropriate remedy under s. 24(1), or to the superior court for prerogative relief where the jurisdictional ground exist, will remain open but must be kept separate and applied according to circumstances. All *Charter* violations and infringements will not be jurisdictional. Remedies which may be ordered are not limited to prerogative remedy, that is, *certiorari*, prohibition and mandamus. These, of course, may be given where grounds for such relief, according to the law and practice which has grown up concerning them, are present. Otherwise, the remedy will be what the court considers appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter*.

Remedies

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion. No court may say, for exam-

situation. Si l'on retenait cet argument relatif à la compétence, on se trouverait à autoriser un résultat particulier dans chaque cas et à empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 24(1) d'accorder la réparation appropriée. À mon sens, une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas en soi pour entraîner une erreur de compétence, et je ne vois rien qui permet de conclure que certaines violations de la *Charte* touchent à la compétence alors que d'autres ne le font pas.

Il y aura sans aucun doute des cas où une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sera fondée sur une allégation d'erreur de compétence pouvant donner droit à un bref de prérogative devant la cour supérieure. Deux voies de recours s'offrent. On peut demander au tribunal devant lequel la question a pris naissance une réparation convenable en vertu du par. 24(1) ou on peut demander à la cour supérieure un bref de prérogative lorsque c'est la compétence qui est en cause. Toutefois, ces recours doivent rester séparés l'un de l'autre et appliqués en fonction des circonstances. Ce ne sont pas toutes les violations et transgressions de la *Charte* qui toucheront à la compétence. Les réparations pouvant être ordonnées ne se limitent pas aux brefs de prérogative, c'est-à-dire le *certiorari*, la prohibition et le *mandamus*. Bien sûr, il est possible d'accorder ces redressements lorsque cela est justifié selon les principes de droit et l'usage qui s'y appliquent, sinon la réparation sera celle que le tribunal estime convenable et juste comme le prévoit le par. 24(1) de la *Charte*.

Les réparations

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu'il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? Là encore le par. 24(1) n'apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir que l'appellant peut obtenir la réparation que le tribunal estime «convenable et juste eu égard aux circonstances». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont

ple, that a stay of proceedings will always be appropriate in a given type of case. Although there will be cases where a trial judge may well conclude that a stay would be the appropriate remedy, the circumstances will be infinitely variable from case to case and the remedy will vary with the circumstances.

Disposition

In the case at bar the claimant says that his trial has been unreasonably delayed. It was on this basis that he moved before the preliminary hearing magistrate at the commencement of the preliminary for relief under s. 24(1) of the *Charter*. This motion was refused. The appellant then brought a motion before Osborne J. in the High Court of Ontario claiming prohibition and as well *Charter* relief alleging delay and abuse of process. Osborne J. refused the motion. He found that there was no unreasonable delay. An appeal was taken to the Court of Appeal under s. 719 of the *Criminal Code*. This was dismissed by the Court of Appeal who found no error in the proceedings below. While the motion of the appellant included a claim for non-prerogative relief under the *Charter*, the appeal under s. 719 of the *Criminal Code* could only apply to the prerogative portion of the application. That is all that is before this Court. The dismissal by Osborne J. of the claim for prohibition and *certiorari* is sustainable because the preliminary hearing magistrate, having no jurisdiction to grant s. 24(1) relief, could not be said to have exceeded his jurisdiction in refusing to do so. It follows then, in my opinion, that this appeal must be dismissed with the result that the matter must be returned to the provincial court for the completion of the preliminary hearing. It may well be that there has been unreasonable delay in the proceedings and, as a consequence, the claimant is entitled to relief on that basis. This is a matter for the trial judge. If he is committed for

nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée. Aucun tribunal ne peut dire par exemple que la suspension d'instance conviendra toujours dans un certain type de cas. Certes, il y aura des affaires où le juge du procès pourra fort bien conclure que la suspension d'instance constitue la réparation appropriée, mais les circonstances varieront de façon infinie d'un cas à l'autre et la réparation accordée variera en conséquence.

Le dispositif

En l'espèce, le demandeur prétend que son procès a été retardé de façon déraisonnable. C'est le motif qu'il a avancé pour demander au magistrat, au début de l'enquête préliminaire, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette demande a été rejetée. Puis, invoquant le retard des procédures et le caractère abusif de celles-ci, l'appelant a saisi le juge Osborne de la Haute Cour de l'Ontario d'une requête visant à obtenir une prohibition ainsi qu'une réparation en vertu de la *Charte*. Le juge Osborne a rejeté la requête. Selon lui, il n'y avait pas eu de retard déraisonnable. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*. Celle-ci a conclu que les procédures attaquées n'étaient pas entachées d'erreur et a en conséquence rejeté l'appel. Quoique la requête de l'appelant ait visée notamment l'obtention d'une réparation en vertu de la *Charte* autre qu'un bref de prérogative, l'appel fondé sur l'art. 719 du *Code criminel* ne pouvait porter que sur la partie de la requête qui demandait un bref de prérogative. C'est là l'unique question dont cette Cour se trouve saisie. La décision du juge Osborne de rejeter la demande de prohibition et de *certiorari* est maintenue parce qu'on ne saurait prétendre que le magistrat à l'enquête préliminaire, étant donné qu'il n'était pas autorisé à accorder une réparation en vertu du par. 24(1), a outrepassé sa compétence en refusant de donner cette réparation. Il s'ensuit donc, selon moi, que ce pourvoi doit être rejeté et que l'affaire doit en conséquence être renvoyée à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse être terminée. Il se peut bien qu'il y ait eu un délai déraisonnable dans les procédures par suite de quoi le demandeur a droit à un redressement. Cette ques-

trial, he will be free to seek his remedy in that forum.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—I agree with my colleague Lamer J.'s treatment of the jurisdictional issues raised on this appeal. I also agree with him as to the general nature of the right conferred by s. 11(b) of the *Charter* and that it has been violated in this case.

Nor do I disagree with my colleague that s. 11(b) of the *Charter* protects the liberty and security interests which an accused has under s. 7. However, those interests are protected under s. 11(b) in the specific context of the accused's right to be tried within a reasonable time. We are concerned in this case, therefore, only with an impairment of those interests which can be shown to flow from delay in bringing the appellant to trial. For this reason I cannot subscribe to my colleague's view that there is an irrebuttable presumption in favour of impairment of those interests from the moment the charge is laid and that this has the effect of relieving the appellant of any onus of proof of impairment under the section. There may, indeed, be an irrebuttable presumption in favour of prejudice flowing from the fact of an accused's being charged with a criminal offence but that is not protected by s. 11(b) of the *Charter*. The prejudice arising from anxiety, stress and stigmatization by family and friends also exists where the accused is tried within a reasonable time. What the accused has to demonstrate under s. 11(b), in my opinion, is that he has suffered an impairment of his liberty and security interests as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time, not as a result of the Crown's having charged him.

I do not believe therefore that in approaching an alleged violation of s. 11(b) it is appropriate to start time running, as it were, in the accused's favour from the moment the charge is laid. While the time between the laying of the charge and the trial starts to run with the laying of the charge, the

tion doit toutefois être laissée à l'appréciation du juge du procès. Si le réclamant est renvoyé à procès, il lui sera alors loisible de demander une réparation fondée sur le retard déraisonnable.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Je suis d'accord avec la façon dont mon collègue le juge Lamer a répondu aux questions de compétence soulevées par ce pourvoi. Je partage aussi son opinion quant à la nature générale du droit conféré par l'al. 11b) de la *Charte* et je suis d'accord avec lui qu'il y a eu violation de ce droit en l'espèce.

c Je ne suis pas non plus en désaccord avec mon collègue quand il dit que l'al. 11b) de la *Charte* protège les intérêts en matière de liberté et de sécurité dont un accusé bénéficie en vertu de l'art. d 7. Cette protection est toutefois accordée à l'al. 11b) dans le contexte précis du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Donc, nous n'avons à examiner en l'espèce que l'atteinte à ces intérêts qui, d'une façon démontrable, résulte du e délai à traduire l'appelant en justice. Pour cette raison je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue selon lequel, dès l'instant où l'accusation est portée, il y a une présomption irréfragable d'atteinte auxdits intérêts qui a pour effet de dégager f l'appelant de toute obligation de prouver une telle atteinte. Il se peut bien qu'il y ait une présomption irréfragable de préjudice découlant du fait qu'un accusé est inculpé d'une infraction criminelle, mais g ce n'est pas ce que protège l'al. 11b) de la *Charte*. Le préjudice imputable à l'anxiété, au stress et à la stigmatisation de la part de la famille et des amis existe aussi lorsque l'inculpé subit son procès dans un délai raisonnable. Selon moi, ce que l'inculpé h doit établir aux fins de l'al. 11b) est une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité parce que le ministère public ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable et non pas i parce que le ministère public l'a inculpé.

Je n'estime donc pas que, dans un cas où l'on prétend qu'il y a eu violation de l'al. 11b), le délai doit commencer à courir, pour ainsi dire, en faveur de l'inculpé à partir du moment où l'accusation est portée. Bien que le moment de l'inculpation constitue le point de départ du laps de temps

point at which the delay becomes unreasonable and therefore unconstitutional is the point at which the accused's s. 11(b) right is violated. All that precedes that point must be accepted as inherent in the nature of the process. We should not, in other words, turn the presumption of innocence into a presumption of *Charter* violation arising from the mere fact of the charge alone. To do so is to deny one of the realities of the justice system, namely that it is not a perfect system and that persons who are subsequently found to be innocent will, in the interval, have suffered the ignominy of the process. The *Charter* does not purport to protect us against that. What it does guarantee, however, is that a person charged with an offence will not have to suffer that ignominy for an unreasonable length of time before the charge against him is disposed of one way or the other. At some point what was theretofore lawful prejudice becomes unlawful and unconstitutional delay.

Unlike my colleague I believe that one of the more significant forms of impairment which can flow from delay in bringing an accused to trial is its impact on the accused's ability to make full answer and defence to the charge. I agree with my colleague that the accused's right to a fair trial is protected by s. 11(d) but again the context is somewhat different. What is at issue in the present case is not the fairness of his trial *per se* but the unreasonableness of the delay in providing it. The effect of the delay on the fairness of his trial is a relevant consideration in reasonableness but is not itself the primary source of the appellant's complaint. The accused could have argued, perhaps, that under s. 11(d) he is now to be permanently presumed innocent because a fair trial is impossible. That route was probably open to him but the s. 11(b) route seems to me to be more apposite to his current situation when his trial lies in the future and when the basis of his entire complaint is the right to be protected from unconstitutional delay.

entre l'inculpation et le procès, un délai ne devient déraisonnable et, partant, inconstitutionnel qu'au moment où il y a violation du droit reconnu à l'inculpé par l'al. 11b). Tout ce qui se passe antérieurement doit être accepté comme inhérent à la nature du processus. En d'autres termes, il faut se garder de transformer la présomption d'innocence en une présomption de violation de la *Charte*, fondée uniquement sur l'inculpation. Ce serait en fait la négation d'une des réalités du système judiciaire, savoir que celui-ci est imparfait et que les personnes qui finissent par être déclarées innocentes auront dans l'intervalle souffert l'ignominie rattachée aux poursuites. La *Charte* n'a pas vocation à nous protéger dans ce cas-là. Toutefois, elle garantit effectivement qu'un inculpé n'aura pas à souffrir cette ignominie pendant une période déraisonnablement longue avant que n'intervienne une décision, favorable ou défavorable, sur l'accusation pesant contre lui. À un certain moment, ce qui était jusque-là un préjudice légal devient un délai illégal et inconstitutionnel.

À la différence de mon collègue, j'estime que l'une des plus graves formes de violation pouvant résulter du délai mis à faire subir un procès par un inculpé est l'effet que ce délai peut avoir sur la possibilité pour l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Je suis d'accord avec mon collègue que le droit d'un inculpé à un procès équitable est protégé par l'al. 11d), mais là encore le contexte est un peu différent. Ce dont il est question en l'espèce n'est pas le caractère équitable de son procès comme tel, mais le caractère déraisonnablement long du délai à le tenir. L'effet du délai sur le caractère équitable de son procès est un facteur dont on peut tenir compte dans la détermination du caractère raisonnable, mais ne constitue pas en soi le fondement principal de la plainte de l'appelant. Il aurait peut-être pu faire valoir que, suivant l'al. 11d), il doit maintenant bénéficier d'une présomption permanente d'innocence en raison de l'impossibilité de tenir un procès équitable. Cette voie lui était probablement ouverte, mais il me semble que l'al. 11b) s'applique mieux à sa situation actuelle, car son procès est pour l'avenir et sa plainte se fonde entièrement sur le droit à une protection contre tout délai inconstitutionnel.

I agree with the appellant that one of the factors to be considered in deciding whether or not the delay is unreasonable under s. 11(b) is whether the accused's ability to make full answer and defence to the charge has been impaired by it. This may be described as the legal as opposed to the psychological and sociological effect of the delay. The right to make full answer and defence has always been viewed as a cornerstone of the justice system and a delay which has the effect of eroding it cannot in any sense of the term be considered reasonable. I disagree with my colleague that this is purely a s. 11(d) consideration and cannot be a factor under s. 11(b). We cannot treat para. (a) to (i) as a number of watertight compartments. They represent a series of rights which any person charged with an offence has, but there is nothing to say that they are mutually exclusive. Quite the contrary. They draw life, as my colleague has been at pains to point out, from the s. 7 liberty and security interests which run through them like a common thread.

My point of difference then with my colleague is a narrow one but, in my mind, a significant one. For the reasons given by my colleague there may be cases of delay which are unreasonable even although they have not impaired the accused's ability to make full answer and defence. I do not doubt this for a moment. Length of time itself may be the culprit for the psychological and sociological reasons my colleague has identified. But, by the same token, if delay has had the effect of impairing the accused's ability to defend the charge, and he can establish the necessary causal connection, I cannot accede to the proposition that this is irrelevant in the assessment of reasonableness. It seems to me that it may provide an alternate basis of violation of the accused's s. 11(b) right.

I agree with my colleague that the delay of nineteen months which is attributable to the Crown, ten months of it due to the Crown's admitted negligence, is unreasonable. I would dispose of the appeal as my colleague proposes.

Je suis d'accord avec l'appelant qu'en décidant si un délai est raisonnable ou déraisonnable aux fins de l'al. 11b), on doit se demander entre autres si ce délai a nui à la capacité de l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Il s'agit là de ce qu'on peut appeler l'effet juridique, par opposition à l'effet psychologique et sociologique, du délai. Le droit de présenter une réponse et une défense complètes a toujours été considéré comme une pierre angulaire du système de justice et un délai qui tend à le miner ne peut en aucune manière être tenu pour raisonnable. Je ne partage pas l'avis de mon collègue que cette considération joue uniquement dans le contexte de l'al. 11d) et n'entre pas en ligne de compte dans le cas de l'al. 11b). Les alinéas a) à i) ne sauraient être traités comme s'ils étaient séparés par des cloisons étanches. Ils énoncent une série de droits dont jouit tout inculpé, mais il n'y a rien qui dit qu'ils s'excluent mutuellement. Bien au contraire, car, comme mon collègue s'est attaché à le souligner, les intérêts en matière de liberté et de sécurité conférés par l'art. 7 sont le souffle qui anime chacune de ces dispositions.

Certes, le point sur lequel je suis en désaccord avec mon collègue est étroit, mais il est, à mon sens, important. Pour les raisons données par mon collègue, il peut y avoir des cas où un délai est déraisonnable, même s'il n'a pas nui à la capacité de l'inculpé de présenter une réponse et une défense complètes. Je n'en ai pas le moindre doute. La longueur de temps elle-même peut être à l'origine des raisons psychologiques et sociologiques mentionnées par mon collègue. Si de même le délai a eu pour effet de nuire à la capacité de l'inculpé d'opposer une défense à l'accusation et s'il est en mesure d'établir le lien causal requis, je ne puis accepter la proposition voulant que cela ne doit pas entrer en ligne de compte dans l'appréciation du caractère raisonnable. Il me semble que cela peut offrir un autre fondement à une violation du droit de l'accusé en vertu de l'al. 11b).

Je suis d'accord avec mon collègue que le délai de dix-neuf mois attribuable au ministère public, dont dix mois, de son propre aveu, sont imputables à sa négligence, est déraisonnable. Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par mon collègue.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—The facts and issues in this case fully appear in the opinions of my colleagues, McIntyre and Lamer JJ. and I, therefore, propose to set forth my own views on such of these as it appears necessary in the briefest possible compass.

I agree with my colleagues that a preliminary hearing magistrate is not a “court of competent jurisdiction” within the meaning of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* so as to permit him to hear an application under that provision to determine whether an accused’s right “to be tried within a reasonable time” guaranteed by s. 11(b) of the *Charter* has been violated. The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is by the *Code* limited in essence to determining whether, in his opinion, the evidence presented before him is or is not sufficient to commit the accused for trial; if it is, he is to commit the accused; otherwise, he must discharge him.

I see no warrant in the *Charter* for extending the ambit of the specific task assigned to the magistrate by the *Code*. From a practical standpoint, too, I would think this would unnecessarily complicate his task, require more evidence or at least a more thorough sifting of evidence than is required at a preliminary hearing, and in any event require the magistrate to look at the issues before him in a manner different from that contemplated by the *Code*. This complication of his task could well lead to the kind of delays for which an application under s. 24(1) is intended to offer a cure.

I would also add that I agree with McIntyre J. that the preliminary hearing magistrate has no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. While this power may seem similar to the magistrate’s duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2). That remedy, it should be observed, is to be exercised “having regard to all

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Les faits et les questions en litige font l’objet d’un exposé complet dans les motifs de mes collègues les juges McIntyre et Lamer. Je me propose en conséquence de présenter le plus brièvement possible ma propre opinion sur chacun des points à l’égard desquels cela semble nécessaire.

Je suis d’accord avec mes collègues qu’un magistrat qui préside une enquête préliminaire n’est pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n’est donc pas autorisé à entendre une demande fondée sur cette disposition, visant à déterminer s’il y a eu violation du droit d’un accusé «d’être jugé dans un délai raisonnable», garanti par l’al. 11b) de la *Charte*. Aux termes du *Code criminel*, la tâche du magistrat présidant une enquête préliminaire se limite essentiellement à établir si, à son avis, la preuve produite devant lui suffit pour que l’inculpé soit renvoyé pour subir son procès; si c’est le cas le magistrat doit ordonner le renvoi à procès, sinon l’inculpé doit être libéré.

À mon avis, rien dans la *Charte* ne justifie l’élargissement de la portée de la tâche précise attribuée au magistrat par le *Code*. De plus, d’un point de vue pratique, il me semble que cela lui compliquerait inutilement la tâche, exigerait une preuve plus abondante ou, à tout le moins, un tri plus minutieux des éléments de preuve que ce n’est le cas dans le cadre d’une enquête préliminaire et, en tout état de cause, mettrait le magistrat dans l’obligation d’examiner d’une manière différente de celle envisagée par le *Code* les questions dont il se trouve saisi. Cette complication de sa tâche pourrait bien amener le genre de délais auxquels une demande fondée sur le par. 24(1) est censée apporter un remède.

De plus, je souscris à l’avis du juge McIntyre selon lequel le magistrat à l’enquête préliminaire n’a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que ce pouvoir d’exclusion puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l’admissibilité de la preuve, ce dont il s’agit en réalité est l’attribution d’une réparation

the circumstances". Those circumstances may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing. This evidence can be presented at trial.

I also share the view that the trial judge is a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*. Indeed, in many cases he will be in the best position to provide the appropriate remedy for delay in breach of s. 11(b). At the conclusion of the trial, the trial judge will have the fullest account of the facts available and be able to accord such remedies as can reasonably be afforded under criminal law jurisdiction.

I should perhaps say that I agree that civil remedies should await action in a civil court. Quite apart from division-of-powers problems that would arise from attempting to award damages and similar remedies in a criminal court, the fact is that as a practical matter, these are best dealt with in accordance with pleading and practice appropriate to civil matters.

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

Nonetheless, it is the *Charter* that governs, and if the ordinary procedures fail to meet the requirements of the *Charter* fully, then a means must be found to give it life. In *Ashby v. White* (1703), 2 *Ld. Raym.* 938, 92 *E.R.* 126, at p. 136, *Holt C.J.* instructs us that "it is a vain thing to imagine a right without a remedy". The problem does not directly arise here, of course, because the *Charter* by s. 24(1) provides that a court of competent

en vertu du par. 24(2). Or, il convient de noter que la décision d'accorder cette réparation doit être prise «eu égard aux circonstances». Là encore, ces circonstances peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l'enquête préliminaire. Cette preuve peut être produite au procès.

Je partage en outre l'opinion que le juge du procès est un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*. En fait, c'est souvent lui qui sera le mieux en mesure d'accorder la réparation appropriée en cas de délai constituant une violation de l'al. 11b). À la fin du procès, le juge possédera l'exposé le plus complet possible des faits, ce qui lui permettra d'attribuer toute réparation pouvant raisonnablement être accordée en vertu de sa compétence en matière criminelle.

Il convient peut-être de souligner que je suis d'accord que, pour obtenir une réparation civile, il faudra procéder par voie d'action devant un tribunal civil. Mis à part les problèmes de partage des pouvoirs que susciterait une tentative de la part d'un tribunal criminel d'accorder des dommages-intérêts et d'autres réparations semblables, il reste que sur le plan pratique il est préférable que les questions reliées à ces réparations soient réglées d'une manière conforme à la procédure et aux usages applicables en matière civile.

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Néanmoins, c'est la *Charte* qui prédomine et, si les procédures ordinaires ne répondent pas pleinement à ses exigences, on doit alors trouver un moyen de lui donner vie. Dans la décision *Ashby v. White* (1703), 2 *Ld. Raym.* 938, 92 *E.R.* 126, à la p. 136, le juge en chef *Holt* nous dit: [TRADUCTION] «Il est vain d'imaginer un droit qui ne soit pas assorti d'une sanction.» Bien sûr, ce problème ne se pose pas directement en l'espèce parce que le

jurisdiction may provide such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. But there must at all times be a court to enforce this remedy. The notion that the remedy must fail or be ineffective for lack of a competent court within the confines of the ordinary procedures for the administration of criminal justice can no more be imagined than can the notion of a right without a remedy. While, therefore, the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy, situations can arise where a trial court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right. In such cases, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction. To this extent, I agree with Lamer J. on this issue.

This reasoning applies to delay. Delay may occur because the police do not take adequate steps to secure the presence of an accused following a charge (see *R. v. Richardson* (1984), 56 N.B.R. (2d) 172), or because the prosecution is slow to bring him to trial. It may also occur during the conduct of the preliminary hearing. In these cases, there is, as yet, no trial judge. I am also doubtful that from committal onwards one can rely on pre-trial motions to a judge other than a superior court judge to give effect to *Charter* remedies. The existing remedies by way of pre-trial motion appear to be grounded in specific statutory powers. Superior court judges are the only judges with the inherent jurisdiction to grant other remedies.

Similarly, if it is the trial court that has been dilatory, some other court must have jurisdiction to enforce the rights accorded by the *Charter*.

par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal compétent à accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Mais il doit toujours y avoir un tribunal compétent pour accorder cette réparation. La notion d'une réparation vouée à l'échec ou à l'inefficacité en raison de l'absence d'un tribunal compétent dans les limites des procédures ordinaires établies pour l'administration de la justice criminelle n'est guère plus concevable que la notion d'un droit sans moyen d'assurer sa sanction. Donc, bien que ce soit normalement la juridiction de première instance qui ait compétence pour accorder la réparation, des situations peuvent se présenter dans lesquelles le tribunal devant lequel se déroulera le procès n'a pas encore été déterminé au moment où le besoin d'une réparation se fait sentir, ou dans lesquelles il ne convient pas de demander une réparation à ce tribunal parce que celui-ci a lui-même contribué à porter atteinte à un droit garanti par la Constitution. Dans ces cas, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente. Dans cette mesure, je suis d'accord avec le juge Lamer sur cette question.

Ce raisonnement s'applique aux délais. Un délai peut venir de ce que la police ne prend pas les mesures qui s'imposent pour assurer la présence d'un inculpé après qu'une accusation a été portée contre lui (voir *R. v. Richardson* (1984), 56 R.N.-B. (2d) 172), ou de ce que la poursuite tarde à lui faire subir son procès. Un délai peut en outre se produire dans le cadre d'une enquête préliminaire. Dans chacune de ces situations, il n'y a pas encore de juge du procès. Je doute d'ailleurs que l'on puisse après le renvoi à procès adresser à un juge autre qu'un juge d'une cour supérieure une requête préalable au procès pour obtenir une réparation en vertu de la *Charte*. Les réparations existantes que l'on peut demander par voie de requête préalable au procès semblent reposer sur des pouvoirs particuliers découlant de la loi. Seuls les juges des cours supérieures possèdent la compétence inhérente pour accorder d'autres réparations.

De même, si c'est la juridiction de première instance qui laisse traîner les choses, un autre tribunal doit avoir compétence pour sanctionner

Application to that court under those circumstances would obviously not be an effective remedy. So again a superior court must have jurisdiction. As I see it, though, that jurisdiction should only be exercised when it is necessary to do so in order to provide a remedy. Where another court is in a position to exercise an effective remedy, the jurisdiction of the superior court judge should not be exercised.

Whatever judge exercises jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, be it the trial judge or a court of superior jurisdiction, I do not think its powers of redress for delay are limited to staying the prosecution. Nor do I see unreasonable delay as giving rise to a jurisdictional issue. Under s. 24(1), the power to afford a remedy for the breach of a *Charter* right is in terms discretionary. A court of competent jurisdiction may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. To categorize unreasonable delay as jurisdictional and to make a stay the only possible judicial response to it, one must not only rewrite s. 24(1), but give the right in s. 11(b) a pre-eminence over other *Charter* rights which, in my view, neither the language of the *Charter* nor the accepted values of our society warrant. For example, a finding that a search or seizure is unreasonable, and therefore contrary to s. 8 (and, perhaps under certain circumstances, to s. 7 as well), does not necessarily result in a stay of proceedings. Rather, a court might, in accordance with s. 24(2) of the *Charter*, refuse to permit the admission of evidence obtained as a result of such a search, a remedy that in my view would often, though not always, be the appropriate one. Exclusion of evidence, unlike a stay, does not completely abort the prosecution.

I cannot, therefore, accept that the only remedy for unreasonable delay is a stay. I would have

les droits conférés par la *Charte*. Il est évident que dans ces circonstances s'adresser à ladite juridiction ne constituerait pas un recours efficace. Une fois de plus c'est une cour supérieure qui est le tribunal compétent. À mon sens, toutefois, elle ne doit exercer cette compétence que lorsque cela s'avère nécessaire pour accorder une réparation. S'il y a un autre tribunal qui est en mesure d'accorder une réparation efficace, on ne doit pas recourir à la compétence du juge de la cour supérieure.

Quel que soit le juge qui exerce sa compétence en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, que ce soit le juge du procès ou une juridiction de degré supérieur, je ne crois pas que ses pouvoirs de redressement en cas de délai se limitent à la suspension des procédures. Je n'estime pas non plus qu'un délai déraisonnable soulève une question de compétence. Le paragraphe 24(1) établit expressément le caractère discrétionnaire du pouvoir d'accorder une réparation pour la violation d'un droit conféré par la *Charte*. En effet, un tribunal compétent peut accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Pour qualifier un délai déraisonnable de question de compétence et faire de la suspension des procédures l'unique solution ouverte aux tribunaux, on doit non seulement récrire le par. 24(1) mais aussi donner au droit conféré par l'al. 11b) prééminence sur les autres droits conférés par la *Charte*, ce qui, selon moi, n'est justifié ni par les termes de la *Charte* ni par les valeurs reçues de notre société. Par exemple, une conclusion qu'une fouille, une perquisition ou une saisie est abusive et constitue donc une infraction à l'art. 8 (et, peut-être dans certaines circonstances, à l'art. 7 aussi), n'entraîne pas nécessairement une suspension des procédures. Au contraire, un tribunal peut, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, refuser d'admettre des éléments de preuve obtenus par ce moyen, ce qui constitue une réparation qui, à mon sens, sera souvent, quoique pas toujours, appropriée. L'exclusion d'éléments de preuve, à la différence d'une suspension des procédures, ne met pas totalement fin à la poursuite.

Je ne puis donc pas accepter que la seule réparation en cas de délai déraisonnable soit la suspen-

thought that in many cases, the most obvious remedy for delay would be to expedite the proceedings. Thus an order could be issued compelling whoever was causing the delay, whether the police, the prosecuting authorities, the preliminary hearing magistrate or the trial judge, to act with greater expedition. As well, if the accused were ultimately convicted, delay might be taken into account in sentencing, even in situations not otherwise considered in imposing sentence. Delay might also give rise to an award for damages in a subsequent civil action. The draconian remedy of a stay should be reserved for the more compelling cases. Such matters as the seriousness of the crime, the length and nature of the delay and other factors should be taken into account in fashioning a remedy. Section 24(1) of the *Charter* does not contemplate a single response. It provides rather for such remedy as may be appropriate and just in the circumstances.

I am aware that the Supreme Court of the United States has held that for breach of the provision of the United States' Constitution providing for speedy trials, dismissal of an indictment is the only possible remedy; see *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at p. 522, and *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973). The American approach, however, is not consistent with the language of s. 24 of the *Charter*. Moreover, the adoption of this drastic step as the sole remedy would in my view have the effect of making the courts seriously hesitate before adopting it in any given case. Certainly, as White J. noted in *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 121, over-zealous application of this remedy would infringe "the societal interest in trying people accused of crime, rather than granting them immunization because of legal error". Whether or not for this reason, the courts in the United States have tended to minimize the scope of the right to a speedy trial; see Note, "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), at p. 1587. "The result", so Professor Uviller of Columbia tells us, "is a right debilitated, its components askew"; see H. Richard Uviller, "*Barker*

sion des procédures. J'aurais cru que bien souvent la réparation la plus évidente serait d'accélérer les procédures. Ainsi, une ordonnance pourrait être rendue qui obligerait le responsable du délai, qu'il s'agisse de la police, du ministère public, du magistrat à l'enquête préliminaire ou du juge du procès, d'agir avec plus de célérité. De plus, si l'inculpé devait finir par être reconnu coupable, le délai pourrait être pris en considération au moment de la détermination de la peine, même dans des situations dont on ne tient normalement pas compte pour déterminer la peine. Le délai pourrait aussi donner lieu à des dommages-intérêts dans une action civile subséquente. Quant à la réparation draconienne qu'est la suspension des procédures, elle doit être réservée aux cas les plus criants. En accordant une réparation, les tribunaux doivent tenir compte notamment de la gravité du crime ainsi que de la durée et de la nature du délai. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* n'envisage pas qu'une seule réparation. Il prévoit plutôt une réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances.

Je n'ignore pas que la Cour suprême des États-Unis a conclu que le rejet de l'acte d'accusation est la seule réparation possible lorsqu'il y a violation de la disposition de la Constitution américaine prévoyant la tenue des procès sans délai; voir les arrêts *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 522, et *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973). La démarche américaine est toutefois incompatible avec les termes de l'art. 24 de la *Charte*. Qui plus est, retenir cette mesure sévère comme l'unique réparation possible aurait pour effet, selon moi, de rendre les tribunaux fort réticents à l'adopter dans un cas donné. Certes, comme le soulignait le juge White dans l'affaire *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 121, une application trop zélée de cette réparation irait à l'encontre [TRADUCTION] «de l'intérêt qu'a la société à ce que les personnes accusées d'un crime soient jugées plutôt que de recevoir une immunité par suite d'une erreur juridique». Que ce soit pour cette raison-là ou pour une autre, les tribunaux américains ont eu tendance à restreindre la portée du droit à un procès sans délai; voir le commentaire «The Lagging Right to a Speedy Trial», 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), à la p. 1587.

v. *Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle,” 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972), at p. 1376. In the words of Professor Amsterdam of Stanford, in the United States, “[v]arious institutional arrangements and forces at work within the criminal process have long tended to convert the right of every criminal defendant to have a speedy trial into a very different sort of right: the right of a few defendants, most egregiously denied a speedy trial, to have the criminal charges against them dismissed on that account.”; see Anthony G. Amsterdam, “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies,” 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), at p. 525.

Of the United States Supreme Court’s conclusion that dismissal is the only possible remedy for the denial of a speedy trial, a position that is more assumed than defended by the court, Amsterdam has this to say, at pp. 534-35:

On its face, this proposition is incredible. Anglo-American law has long provided remedies for denial of a speedy trial other than dismissal of the prosecution with prejudice. State and lower federal courts enforcing sub-constitutional speedy-trial guarantees have frequently found other remedies appropriate; and both lower courts and the Supreme Court have enforced the sixth amendment by other means. Surely, the primary form of judicial relief against denial of a speedy trial should be to expedite the trial, not to abort it. Where expedition is impracticable for some reason, the Supreme Court’s repeated recognition of the several distinct interests protected by a right to speedy trial suggests the propriety of fashioning various remedies responsive to the particular interest invaded in any particular case. If the sole wrong done by delay is “undue and oppressive incarceration prior to trial,” the remedy ought to be release from pretrial confinement; if prolongation of the “anxiety” and other vicissitudes “accompanying public accusation” is sufficiently extensive, the remedy ought to be dismissal of the accusation without prejudice; and it is only when delay gives rise to “possibilities (of impairment of) . . . the ability of an accused to defend himself,” or when a powerful sanction is needed to compel prosecutorial obedience to norms of speedy trial which

[TRADUCTION] «Il en résulte», nous dit le professeur Uviller de Columbia, «un droit boiteux avec des éléments en déséquilibre»; voir H. Richard Uviller, «*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle», 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972), à la p. 1376. Pour reprendre les propos du professeur Amsterdam de Stanford, aux États-Unis [TRADUCTION] «plusieurs facteurs et influences institutionnels qui jouent dans le processus pénal tendent depuis longtemps vers la transformation du droit d’un inculpé d’être jugé sans délai en un droit bien différent: le droit de quelques inculpés, qui se sont vu refuser d’une manière très flagrante un procès sans délai, à ce que les accusations criminelles pesant contre eux soient pour cette raison rejetées.»; voir Anthony G. Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), à la p. 525.

En ce qui concerne la conclusion de la Cour suprême des États-Unis que le rejet constitue la seule réparation possible lorsque quelqu’un se voit refuser un procès sans délai, position qui est plus présumée que défendue par la cour, Amsterdam fait les observations suivantes, aux pp. 534 et 535:

[TRADUCTION] À première vue, cette proposition est incroyable. Voilà longtemps que le droit anglo-américain prévoit des réparations autres que le rejet absolu des poursuites en cas de privation d’un procès sans délai. Les tribunaux des États et les juridictions fédérales de degré inférieur chargés de faire respecter le droit à un procès sans délai garanti par la Constitution ont souvent jugé appropriés d’autres redressements; et aussi bien les juridictions de degré inférieur que la Cour suprême ont eu recours à d’autres moyens pour assurer l’application du sixième amendement. Logiquement, le redressement principal accordé par les tribunaux quand on refuse à quelqu’un un procès sans délai doit être l’accélération du procès et non son avortement. Lorsque, pour une raison ou pour une autre, il s’avère impossible de procéder plus rapidement, le fait que la Cour suprême a reconnu à maintes reprises l’existence de plusieurs intérêts distincts protégés par le droit à un procès sans délai suggère qu’il y a lieu d’élaborer diverses réparations adaptées à l’intérêt précis auquel il a été porté atteinte dans un cas donné. Si l’unique préjudice résultant du délai est «une incarceration induite et oppressive avant le procès», la réparation devrait être la libération; si la prolongation de «l’anxiété» et des autres vicissitudes «accompagnant une inculpation publique» est suffisamment importante,

judges cannot otherwise enforce, that dismissal of a prosecution with prejudice is warranted.

While I am not, as at present advised, prepared to say that a stay should be granted only in the cases mentioned in this passage, I am as I noted earlier, in general agreement with this approach.

I turn now to a discussion of the role that should be played by a judge in the position of Osborne J. to whom an application is made under s. 24(1) for a remedy against unreasonable delay. The preliminary hearing magistrate, as I have indicated, was not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1), and accordingly Osborne J. as a superior court judge was the only court competent to grant a *Charter* remedy. There must, as I also noted, at all times be a court of competent jurisdiction to whom resort can be had when an accused believes his constitutional right to be tried within a reasonable time has been breached. Osborne J. was, therefore, the court competent to hear and consider an application to deal with this issue.

This brings me to the question of the proper exercise of discretion by a superior court judge who has deemed it necessary to intervene in these circumstances. I share the view of Lamer J. that as much as possible issues of unreasonable delay should be dealt with by the trial judge. This is consistent with the spirit of s. 24(1) of the *Charter*, which contemplates that an appropriate remedy is to be moulded to fit the circumstances. Only at trial will those circumstances have been fully dissected and explored. The trial judge, after hearing all the evidence, will be in the best position to determine precisely what has happened, what prejudice the accused has suffered, and the extent to which he has himself contributed to the delay, remembering that delay will often be of benefit to the accused and used by him for that purpose.

la réparation devrait être le rejet de l'inculpation sous réserve; et ce n'est que lorsque le délai occasionne des «possibilités (d'atteinte à) ... la capacité d'un inculpé de se défendre», ou qu'une sanction énergique est nécessaire pour contraindre la poursuite à se conformer aux normes relatives à un procès sans délai, normes que les juges ne peuvent appliquer d'aucune autre manière, que le rejet absolu d'une poursuite est justifié.

Quant à moi, je ne suis pas prêt à dire qu'une suspension des procédures ne doit être accordée que dans les cas visés dans le passage reproduit ci-dessus, mais, comme je l'ai déjà fait remarquer, j'approuve de façon générale cette démarche.

Voilà qui m'amène à une étude du rôle que doit jouer un juge dans la situation du juge Osborne, qui se trouve saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1) visant à obtenir une réparation à cause d'un délai déraisonnable. Le magistrat à l'enquête préliminaire n'était pas, je le répète, un tribunal compétent au sens du par. 24(1). Par conséquent, le juge Osborne, en sa qualité de juge d'une cour supérieure, était le seul tribunal ayant compétence pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*. J'ai déjà souligné aussi qu'il doit toujours y avoir un tribunal compétent auquel un inculpé peut recourir s'il estime qu'on a violé le droit que confère la Constitution d'être jugé dans un délai raisonnable. Il s'ensuit que le juge Osborne était le tribunal compétent pour entendre et examiner une demande de ce genre.

Je passe ensuite à la question de la façon dont doit exercer son pouvoir discrétionnaire un juge d'une cour supérieure qui a cru nécessaire d'intervenir dans une telle situation. Je suis d'accord avec le juge Lamer que la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable doit dans la mesure du possible être tranchée par le juge du procès. Cela est d'ailleurs conforme à l'esprit du par. 24(1) de la *Charte*, qui envisage une réparation convenable adaptée aux circonstances. Seulement au procès celles-ci auront-elles pu être pleinement disséquées et analysées. C'est le juge du procès qui, après avoir entendu l'ensemble de la preuve, sera le mieux placé pour déterminer avec exactitude ce qui s'est passé, la nature du préjudice que l'inculpé a pu subir et la mesure dans laquelle il a lui-même contribué au délai, compte tenu du fait qu'un délai

Much of the necessary information is none too clear in the present case. Moreover, it is at the trial stage that the full panoply of possible criminal remedies (including a reduction of sentence, for example) can be brought into play, so far as the power to redress any injury suffered by the accused is concerned.

By and large, too, on an application such as that brought before Osborne J., the evidence is by way of affidavit, and is thus not as satisfactory as evidence at trial. If *viva voce* evidence is taken, this can itself increase delay. Generally, interventions by superior court judges in the ordinary course of the criminal process can give rise to serious delays of their own, particularly if appeals are permitted from such interventions. The present case is an apt illustration.

In the exercise of his discretion, therefore, a superior court judge must keep the foregoing factors in mind. On the whole, his jurisdiction should be confined to attempting to prevent existing causes of delay and ongoing prejudice to an accused. For example, if the delay is in connection with the manner in which a preliminary hearing is being conducted, he can order more expeditious measures to be taken, keeping open the possibility of a stay should delay continue. If a person is incarcerated, he can have him liberated. Generally, however, a superior court judge on a s. 24(1) application should, in my view, refrain from attempting to remedy delays that are not ongoing. The trial judge will be in a better position to deal with past delays when the case comes before him.

I am not saying that a superior court judge, acting in the proper exercise of his discretion under s. 24(1) ought never to stay a proceeding. It may be the only sanction open to him if measures he directs to expedite matters are not complied with. It may also be possible to imagine a case where an accused has been charged with a relatively minor offence and such serious delays have

joue souvent en faveur de l'inculpé et qu'il y aura recours précisément à cause de cela. En l'espèce, une bonne partie des renseignements nécessaires ne sont pas très clairs. De plus, en ce qui concerne le pouvoir de réparer tout préjudice subi par l'inculpé, c'est au stade du procès que s'offre toute la panoplie des réparations possibles en matière criminelle (y compris la réduction de la peine, par exemple).

En général aussi, dans le cas d'une demande comme celle dont le juge Osborne a été saisi, la preuve est présentée par affidavit, ce qui n'est pas aussi satisfaisant que la preuve produite au procès. Si des témoignages de vive voix sont recueillis, cela peut en soi augmenter le délai. En général, des interventions de juges de cour supérieure dans le déroulement normal du processus criminel peuvent à elles seules entraîner d'importants délais, particulièrement s'il est permis d'interjeter appel de ces interventions. La présente affaire en est un bon exemple.

Chaque fois qu'un juge d'une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire, il doit avoir ces facteurs à l'esprit. Dans l'ensemble, l'exercice de sa compétence doit se limiter à des tentatives de supprimer les causes existantes de délai et de préjudice persistant envers l'inculpé. Par exemple, si le délai est relié à la manière dont une enquête préliminaire est menée, le juge peut ordonner qu'on procède de façon plus expéditive, tout en se réservant la possibilité de suspendre les procédures au cas où le délai se prolongerait. S'il est question d'une personne incarcérée, le juge peut la faire libérer. En règle générale, toutefois, un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1) doit, selon moi, se garder d'essayer de remédier à des délais non persistants. Le juge du procès, quand l'affaire parvient devant lui, sera mieux en mesure de traiter des délais antérieurs.

Je ne veux pas dire par là qu'un juge de cour supérieure, dans l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(1), ne doit jamais prononcer la suspension des procédures. Il se peut que cela soit l'unique sanction qu'il puisse appliquer en cas d'inexécution des mesures ordonnées par lui pour accélérer les choses. On peut aussi concevoir un cas où un inculpé est

occurred, possibly including periods of incarceration, that it will be obvious that the only appropriate and just remedy dictated by the *Charter* will be a stay. But generally, as I have said, the proper course for a superior court judge to take is to refrain from attempting to remedy past delays. The trial judge who ultimately hears the case will generally be far more cognizant of the facts and have at his disposal a wider array of possible remedies. He will be in a better position to respond to the obvious intention of the *Charter* than an appropriate and just remedy be afforded having regard to the circumstances.

Since I do not think a separate non-*Charter* jurisdictional question is involved in this case, which might have made *certiorari* or prohibition an appropriate remedy, I have confined my remarks to the s. 24 remedy. From such application, neither the *Charter* nor the *Criminal Code* makes any provision for appeal and I do not think it lies within the province of the courts to create one. It may well be, however, that there is an appeal to this Court with leave from the superior court as the court of final resort.

I am of the view, then, that the matter should be returned to the preliminary hearing magistrate and that the question of unreasonable delay within the meaning of the *Charter* should ultimately be dealt with by the trial judge if the accused is committed for trial. In dealing with this issue, the trial judge should not consider himself fettered by Osborne J.'s finding regarding unreasonableness or the Court of Appeal's dismissal of the appeal from his decision. The issue considered by Osborne J. was whether the delay constituted a jurisdictional ground giving rise to a remedy under prerogative writs, and the appeal to the Court of Appeal could only be from a decision on an application for such a writ. The issue before those courts was very different from one where it is sought to determine whether there was delay sufficient under s. 24(1) to allow a court to fashion an appropriate and just

accusé d'une infraction relativement mineure et où il y a eu des délais, comprenant peut-être des périodes d'incarcération, tellement importants que la suspension des procédures sera manifestement l'unique réparation convenable et juste qui s'impose en vertu de la *Charte*. Toutefois, d'une manière générale, comme je l'ai déjà fait remarquer, il sied qu'un juge de cour supérieure s'abstienne de toute tentative de remédier à des délais antérieurs. Le juge du procès qui finit par entendre l'affaire aura généralement une bien meilleure connaissance des faits et disposera d'un plus grand choix de réparations possibles. Il sera mieux placé pour donner suite à l'intention évidente exprimée dans la *Charte*, savoir qu'on accorde une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

Puisque j'estime que la présente affaire ne soulève aucune question distincte de compétence ne relevant pas de la *Charte*, qui aurait pu faire du *certiorari* ou de la prohibition une réparation appropriée, je limite mes observations à la réparation prévue par l'art. 24. Ni la *Charte* ni le *Code criminel* ne prévoient le droit d'appel à cet égard et, à mon avis, il n'appartient nullement aux tribunaux d'en créer un. Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation de la cour supérieure, se pourvoir devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance.

Je suis donc d'avis que l'affaire doit être renvoyée au magistrat chargé de l'enquête préliminaire et que la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable aux fins de la *Charte* doit finalement être soumise au juge du procès si l'inculpé est renvoyé à son procès. En abordant cette question, le juge du procès ne doit pas se considérer comme lié par la conclusion du juge Osborne relativement au caractère déraisonnable ni par le fait que la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté de la décision de ce dernier. La question examinée par le juge Osborne était de savoir si le délai constituait un moyen fondé sur la compétence, donnant lieu à une réparation au moyen d'un bref de prerogative, et l'appel à la Cour d'appel ne pouvait attaquer qu'une décision relative à une demande de bref de prerogative. La question dont ces cours-là se trouvaient saisies était très différente

remedy, a remedy that might well fall short of aborting the proceedings. The trial judge will be in a better position to determine this issue, particularly given the state of the record. Finally, I do not think it changes anything to categorize the remedy sought from Osborne J. as an application for a s. 24(1) remedy because the remedy sought for and considered by Osborne J. was one seeking a stay because the delay was so unreasonable as to warrant the granting of that remedy.

I am by no means sure how successful courts can be in remedying delay by means of *Charter* remedies. There are many systemic problems the solution of which must be found elsewhere. Still, I think courts should not shirk on occasion from exercising a stay, even where the cause is systemic. However, I do not think it is the intention of the *Charter* that courts should automatically allow persons guilty of serious criminal acts to go free simply because someone has caused delay that can be regarded as unreasonable. That approach has now worked in the United States. Courts have recoiled from using such a drastic remedy and so are often left with no remedy at all. As I mentioned, I am not sanguine that courts can, in the exercise of *Charter* jurisdiction, do as much as one would wish to prevent delay. On the other hand, I do not see that we should denude ourselves of possible additional instruments that can be devised by an imaginative use of s. 24(1) of the *Charter*.

For these reasons, I agree with McIntyre J. that the appeal must be dismissed and the matter returned to the provincial court for completion of the preliminary inquiry.

a de celle de savoir s'il y a eu un délai suffisant aux fins du par. 24(1) pour qu'un tribunal puisse accorder une réparation convenable et juste, laquelle réparation pourrait bien ne pas aller jusqu'à l'avortement des procédures. Compte tenu surtout de l'état du dossier, c'est le juge du procès qui sera le mieux placé pour trancher cette question. En dernier lieu, j'estime que cela ne change rien de dire que ce qu'on a demandé au juge Osborne était une réparation fondée sur le par. 24(1), car la réparation demandée et examinée par le juge Osborne était la suspension des procédures parce que le délai était déraisonnable au point de justifier que cette réparation soit accordée.

d Je ne suis pas du tout certain que les tribunaux pourront, grâce aux réparations autorisées par la *Charte*, réussir à remédier aux délais. Il existe en fait nombre de problèmes systémiques dont la solution doit être cherchée ailleurs. Néanmoins, j'estime que les tribunaux ne doivent pas hésiter à prononcer parfois la suspension des procédures, même si la cause du délai est systémique. Cela dit, je ne crois pas qu'on ait voulu au moyen de la *Charte* que les tribunaux mettent automatiquement en liberté les personnes coupables d'actes criminels graves simplement parce que quelqu'un a occasionné un délai pouvant être considéré comme déraisonnable. Cette façon de procéder n'a pas fonctionné aux États-Unis. En effet, les tribunaux ont reculé devant l'application d'une réparation aussi draconienne et ils se trouvent souvent ainsi dans l'impossibilité d'accorder une réparation. Comme je l'ai déjà souligné, les probabilités que les tribunaux, dans l'exercice de la compétence que leur confère la *Charte*, puissent faire tout ce qu'on pourrait souhaiter qu'ils fassent pour empêcher les délais ne me rendent pas optimiste. D'un autre côté, je ne vois pas pourquoi nous devrions nous priver des autres possibilités qui pourront être inventées pour peu que l'on fasse preuve d'imagination dans l'application du par. 24(1) de la *Charte*.

j Pour ces motifs, je suis d'accord avec le juge McIntyre qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse suivre son cours.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and LAMER and WILSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Julius Melnitzer and D. Fletcher Dawson, London.

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

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et les juges LAMER et WILSON sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Julius Melnitzer et D. Fletcher Dawson, London.

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

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 J.J.

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 J.J. 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

N° du greffe: 19598.

1988: 29 février; 1989: 14 août.

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

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.

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 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 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 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'appellante relevait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficie d'une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appellante.

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^o 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 Muskatal. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

Edwards, John Ll. 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.

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 Ll. 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.

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

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-

prosecutorial immunity. I am in respectful disagreement with him in this regard. I am of the opinion that the question of immunity should be addressed by this Court in this case, and that nothing prevents the Court from so doing. I set out the relevant rules of the Ontario Rules of Practice as they were at the time of the case for ease of reference:

124. Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

126. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in the case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

As McIntyre J. points out the respondents moved to have the action dismissed under Rule 126 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 the same on the return of the motion. Both Fitzpatrick J. of the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal for Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, in allowing the motion to strike out the statement of claim, seemed to have acted under Rule 126.

A review of the cases dealing with the application of Rule 124 and Rule 126 reveals the following. The difference between the two rules lies in the summary nature of Rule 126 as opposed to the more detailed consideration of issues under Rule 124. A court should strike a pleading under Rule 126 only in plain and obvious cases where the pleading is bad beyond argument. Rule 124 is designed to provide a means of determining, without deciding the issues of fact raised by the pleadings, a question of law that goes to the root of the action. I would like to point out that what is at issue here is not whether malicious prosecution is a reasonable cause of action. A suit for malicious

nité du poursuivant. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. J'estime en effet que cette Cour doit traiter de la question de l'immunité dans cette affaire et que rien ne l'en empêche. Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes des Rules of Practice de l'Ontario, telles qu'elles étaient rédigées à l'époque en cause:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

126. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Comme le signale le juge McIntyre, les intimés ont demandé par requête le rejet de l'action en vertu de la règle 126 pour le motif que 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. Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 51 O.R. (2d) 513, semblent s'être fondés sur la règle 126 pour accueillir la requête en radiation de la déclaration.

Voici ce qui se dégage de la jurisprudence portant sur l'application des règles 124 et 126. Elles-ci diffèrent l'une de l'autre car la règle 126 prévoit une procédure sommaire alors que la règle 124 permet un examen plus approfondi des questions soulevées. Un tribunal ne doit radier un acte de procédure en vertu de la règle 126 que dans des cas très clairs où l'acte de procédure est incontestablement vicié. La règle 124 est destinée à fournir un moyen de trancher une question de droit qui touche à la base même de l'action sans se prononcer sur les questions de fait soulevées par les actes de procédure. Je tiens à souligner que la question qui se pose ici n'est pas de savoir si des poursuites

prosecution has been recognized at common law for centuries dating back to the reign of Edward I. What is at issue is whether the Crown, Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from suit for the well-established tort of malicious prosecution. This particular issue has been given careful consideration both by the Court of Appeal and in argument before this Court. The Court of Appeal for Ontario undertook a thorough review of authorities in the course of a lengthy discussion of arguments on both sides of the issue. As such it matters not in my view whether the matter was disposed of under Rule 124 or 126. To send this matter back for trial without resolving the issue of prosecutorial immunity would not be expeditious and would add both time and cost to an already lengthy case.

Furthermore I am of the view that the rules of civil procedure should not act as obstacles to a just and expeditious resolution of a case. Rule 1.04(1) of the Rules of Civil Procedure in Ontario confirms this principle in stating that "[t]hese rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits."

In terms of whether the Crown enjoys absolute immunity from a suit for malicious prosecution, McIntyre J. concludes that s. 5(6) of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393, 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. I am of the opinion that McIntyre J. was correct in holding that the Crown is rendered immune from liability by the express terms of s. 5(6) of the Act, for the action by the Crown Attorney and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant. I would like to point out, however, that for the reasons set out below, I am of the view that a functional approach to prosecutorial immunity at common law is inadequate.

abusives constituent une cause raisonnable d'action, car l'existence d'une action pour poursuites abusives est reconnue en *common law* depuis des siècles, depuis le règne d'Édouard I^{er}. La question est plutôt de savoir si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient d'une immunité absolue contre toute action fondée sur le délit civil bien établi de poursuites abusives. Cette question a été examinée soigneusement en l'espèce tant par la Cour d'appel qu'au cours des débats devant notre Cour. La Cour d'appel de l'Ontario a fait une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cadre d'une longue analyse des arguments opposés. Il importe peu, selon moi, qu'on ait eu recours à la règle 124 ou à la règle 126 pour trancher la question. Toutefois, renvoyer l'affaire à l'instruction sans résoudre la question de l'immunité du poursuivant serait peu expéditif, prolongerait des procédures déjà longues et ajouterait à leur coût.

J'estime en outre que les règles de procédure civile ne devraient pas faire obstacle au règlement juste et expéditif d'un litige. Ce principe est confirmé par le par. 1.04(1) des Règles de procédure civile de l'Ontario qui porte: «Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.»

Sur la question de savoir si la Couronne jouit d'une immunité absolue contre des actions pour poursuites abusives, le juge McIntyre conclut que le par. 5(6) de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393, 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. Je suis d'avis que le juge McIntyre a raison de conclure que la Couronne bénéficie de l'immunité du fait des termes exprès du par. 5(6) de la Loi, pour la décision prise par le procureur de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante. Je tiens à signaler cependant que, pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis qu'il n'est pas approprié d'adopter une approche fonctionnelle en ce qui concerne

quate. In this case the applicable legislation requires the Court to draw a distinction between prosecutorial functions in so far as Crown immunity under s. 5(6) is not available unless the function is "judicial" in nature. Therefore, although I agree with McIntyre J. that in this case the decision to prosecute is a "judicial" function for the purposes of s. 5(6), I hasten to add that in dealing with the policy considerations governing the availability of absolute immunity at common law for the Attorney General and Crown Attorneys the functional approach is not the proper test. In addition it should be noted that the constitutionality of the section was not an issue and was not addressed by counsel in this appeal. As such this issue is not before this Court, and therefore the constitutionality of s. 5(6) of the Act is still an open question.

Consequently, the remaining issue at hand is whether the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are absolutely immune from civil liability in a suit for malicious prosecution. In resolving this question, a brief review of the situation prevailing in a few jurisdictions could be helpful and useful. While McIntyre J. in his reasons provides a detailed review of the authorities, I would like to add some further observations.

I. Different Approaches to Immunity

The situation in Canada is unclear and does not seem to be uniform throughout the country.

1. *Absolute Immunity—the Ontario Position*

The Ontario Court of Appeal in the case at bar found that an absolute immunity exists, and in reaching this conclusion relied extensively on the decision by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). The Court of Appeal found the idea of an absolute immunity "troubling" but determined that it was justified by the following policy concerns. First, the rule encourages public trust in the fairness and impartiality of those who act and exercise discretion in the bringing and conducting

l'immunité du poursuivant en *common law*. En l'espèce, la législation applicable oblige la Cour à faire une distinction entre les fonctions de poursuivant dans la mesure où l'immunité de la Couronne en vertu du par. 5(6) ne vaut que lorsque la fonction en cause est de nature «judiciaire». En conséquence, bien que je sois d'accord avec le juge McIntyre pour dire qu'en l'espèce, la décision de poursuivre est une fonction «judiciaire» aux fins du par. 5(6), je m'empresse d'ajouter que, pour ce qui est des considérations de principe qui régissent l'existence d'une immunité absolue en *common law* pour le procureur général et les procureurs de la Couronne, l'approche fonctionnelle ne fournit pas les critères appropriés. Notons de plus que la question de la constitutionnalité de ce paragraphe n'est pas en cause et n'a pas été abordée par les avocats dans le présent pourvoi. Comme la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité du par. 5(6) de la Loi, cette question demeure entière.

Reste donc la question de savoir si le procureur général et les procureurs de la Couronne qui le représentent jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile dans le cas d'une action pour poursuites abusives. Pour trancher cette question, il pourrait être utile d'examiner brièvement la situation dans quelques autres ressorts. Quoique le juge McIntyre fasse dans ses motifs une étude approfondie de la jurisprudence, je souhaite y ajouter quelques observations.

g I. Les différentes positions relatives à l'immunité

La situation au Canada est incertaine et il ne semble pas y avoir d'uniformité.

h 1. *L'immunité absolue—la position ontarienne*

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu en l'espèce à l'existence d'une immunité absolue, conclusion fondée dans une grande mesure sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), de la Cour suprême des États-Unis. Bien qu'elle ait trouvé «inquiétante» l'idée d'une immunité absolue, la Cour d'appel a jugé qu'elle se justifiait par les considérations d'intérêt public énumérées ci-après. En premier lieu, la règle favorise la confiance du public dans l'équité et l'impartialité de ceux qui agissent et qui exercent le pouvoir discrétionnaire

of criminal prosecution; the rule is designed for the benefit of the public not the benefit of the individual prosecutor. Second, the threat of personal liability for tortious conduct would have a chilling effect on the prosecutor's exercise of discretion and third, to permit civil suits against prosecutors would invite a flood of litigation which would deflect a prosecutor's energies from the discharge of his public duties. In short, the absence of an absolute immunity would open the door to unmeritorious claims and would be a threat to prosecutorial independence. The Court also relied on two decisions of the Ontario High Court, *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 and *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. Both these decisions rely extensively on the American position as found in *Imbler, supra*. The case law in Ontario therefore, uniformly stands for the proposition that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity from civil liability for malicious prosecution. Outside of Ontario, the issue is somewhat more ambiguous.

2. Elsewhere in Canada—Absolute Immunity Questioned

In *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87, the New Brunswick Court of Appeal held on the authority of the Ontario cases, especially the case at bar, that an absolute immunity shielded a provincial Crown prosecutor from suit for malicious prosecution. By contrast the appellate courts of Nova Scotia and Alberta have cast some doubts on the existence of an absolute immunity. First, in *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), the Crown was sued as being vicariously liable for the action of a residential tenancy officer. Hart J.A. held that while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, might absolve the provincial Crown from civil liability, a Crown servant could still be personally liable for misconduct. In the course of his decision

d'intenter et de conduire des poursuites criminelles; la règle est conçue pour le bénéfice du public et non celui du poursuivant. En deuxième lieu, le risque de voir engager sa responsabilité personnelle pour une conduite délictuelle découragerait le poursuivant d'exercer son pouvoir discrétionnaire. En troisième lieu, permettre des actions civiles contre les poursuivants serait une invitation à une avalanche de litiges qui détourneraient les poursuivants de l'exécution de leurs fonctions publiques. En bref, l'absence d'une immunité absolue ouvrirait la voie à des demandes non fondées et menacerait l'indépendance de la poursuite. La Cour d'appel s'est fondée en outre sur deux décisions de la Haute Cour de l'Ontario: *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 et *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559. L'une et l'autre s'inspirent en grande partie de la position américaine énoncée dans l'arrêt *Imbler*, précité. La jurisprudence ontarienne établit donc sans exception que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue contre la responsabilité civile pour poursuites abusives. Hors de l'Ontario, la situation est moins claire.

2. Ailleurs au Canada—l'immunité absolue mise en doute

Dans l'affaire *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 87, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est appuyée sur la jurisprudence ontarienne, et notamment sur la présente cause, pour conclure qu'il y avait une immunité absolue mettant un avocat de la Couronne provincial à l'abri d'une action pour poursuites abusives. Les cours d'appel de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta, par contre, ont soulevé des doutes quant à l'existence d'une immunité absolue. Premièrement, dans l'affaire *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.), on a introduit contre la Couronne une instance alléguant sa responsabilité du fait d'un fonctionnaire de la commission de la location résidentielle. Le juge Hart a décidé que, si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de la responsabilité civile, il était encore possible qu'un préposé de la Couronne soit personnellement responsable de sa propre incon-

Hart J.A. considered the Ontario decisions especially that of Galligan J. in *Richman*, *supra* (at p. 110):

I am not prepared to go as far as Galligan J. in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced maliciously, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors.

In *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, a Crown prosecutor was sued for alleged misconduct in the preferment of a charge of tax evasion, a charge on which the accused was acquitted. Kerans J.A. speaking for the Alberta Court of Appeal assumes throughout that a suit for malicious prosecution is possible and disposes of the case on the ground that there had been "reasonable and probable cause" to initiate the prosecution. The case was dismissed pursuant to Rule 129 of the Alberta Rules of Civil Procedure, a rule similar to the old Ontario Rule 126. In this context Kerans J.A. said the following (at p. 276):

The rule upon which I rely has much to commend it. It falls short of the absolute immunity suggested by Major and accepted by the Supreme Court of the United States in *Imbler v. Pachtman* . . . but offers some protection from the harassment which he says would otherwise afflict prosecuting counsel because suit would not be permitted to proceed if utterly without merit. It would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule.

Further support for the view that Kerans J.A. is not inclined to accept the existence of an absolute immunity for prosecutors can be found in the following statements (at pp. 277 and 286):

I will assume, for the sake of argument, that, if counsel, with malice, continues a prosecution he once thought sound but now knows is unsound, he may be sued.

duite. Dans ses motifs, le juge Hart a examiné la jurisprudence ontarienne et surtout la décision du juge Galligan dans l'affaire *Richman*, précitée (à la p. 110):

^a [TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être tenu responsable d'une poursuite engagée avec malveillance, encore qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question pour le moment. En ^b l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse dire qu'en faisant une dénonciation contre l'appelant, l'intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu'exercent les procureurs généraux et les poursuivants.

^c Dans l'affaire *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270, un procureur de la Couronne était poursuivi pour inconduite en raison d'une accusation de fraude fiscale portée contre un accusé, qui en avait été acquitté par la suite. Le ^d juge Kerans, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a tenu pour acquis qu'il était possible d'intenter une action pour poursuites abusives, mais a tranché le litige en disant qu'on avait eu [TRADUCTION] «des motifs raisonnables et probables» d'engager les poursuites. L'action a donc été rejetée en vertu de la règle 129 des Rules of Civil Procedure de l'Alberta, laquelle ressemble à l'ancienne règle 126 de l'Ontario. Le juge Kerans dit dans ce ^e ^f contexte (à la p. 276):

[TRADUCTION] La règle sur laquelle je me fonde est recommandable. Sans accorder l'immunité absolue proposée par Major et retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, [...] elle ^g offre une certaine protection contre le harcèlement auquel les avocats poursuivants seraient autrement exposés, parce qu'on ne pourrait pas aller de l'avant avec une action non fondée. Il paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle ^h efficace permettant la radiation.

Que le juge Kerans soit peu disposé à accepter l'existence d'une immunité absolue pour les poursuivants se dégage également des extraits suivants (aux pp. 277 et 286):

ⁱ [TRADUCTION] Supposons pour les fins de la discussion que, si un avocat continue, avec une intention malveillante, des poursuites qu'au paravant il a cru justifiées et sait maintenant injustifiées, il peut lui-même être ^j poursuivi.

Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution ... [Emphasis added.]

Therefore the Canadian position ranges from a strong assertion of absolute immunity in Ontario to an acceptance of the possibility of suing the Attorney General and Crown Attorneys if bad faith or malice can be proven as evidenced by the cases from Nova Scotia and Alberta. The situation in Quebec differs in that since 1966 the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, specifically provides for claims against the Crown in the following terms:

94. Any person having a claim to exercise against the Crown, whether it be a revendication of moveable or immovable property, or a claim for the payment of moneys on an alleged contract, or for damages, or otherwise, may exercise it in the same manner as if it were a claim against a person of full age and capacity, subject only to the provisions of this chapter.

No provisions in this chapter prevent a suit for malicious prosecution against the Crown. However, the substantive issue of immunity of Crown prosecutors has not been finally determined.

3. Immunity in the United States

A consideration of the position in respect of prosecutorial immunity in the United States is vital both because it is relied extensively upon by the Court of Appeal in the case at bar, and because it has been the source of a healthy debate in courts and among academics in that country. This position is furthermore interesting since a variety of approaches have been proposed and many critical comments have been made.

i) The Functional Approach—*Imbler v. Pachtman*: “The Powell Judgment”

In 1972 Paul Imbler filed a claim under 42 U.S.C. § 1983 alleging that the prosecutor and various members of the police force conspired to

Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives ... [Je souligne.]

La position canadienne varie donc entre une reconnaissance non équivoque de l'immunité absolue, en Ontario, et l'acceptation de la possibilité de poursuivre le procureur général et les procureurs de la Couronne si on peut prouver qu'il y a eu mauvaise foi ou malveillance de leur part, selon les décisions de la Nouvelle-Écosse et de l'Alberta. Dans le cas du Québec, la situation est tout à fait différente en ce que, depuis 1966, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, prévoit spécifiquement les recours contre la Couronne de la manière suivante:

94. Toute personne ayant un recours à exercer contre la Couronne, que ce soit la revendication de biens meubles ou immeubles, ou une réclamation en paiement de deniers en raison d'un contrat allégué, ou pour dommages, ou autrement, peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre.

Aucune disposition du chapitre en question n'interdit d'actionner la Couronne pour poursuites abusives. Cependant, la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été définitivement tranchée.

B 3. L'immunité aux États-Unis

Il importe au premier chef d'examiner la position américaine relativement à l'immunité du poursuivant parce que c'est en grande partie sur elle que s'est appuyée la Cour d'appel en l'espèce et aussi parce qu'elle a suscité une saine discussion devant les tribunaux et dans la doctrine aux États-Unis. Cette position a d'ailleurs ceci d'intéressant que plusieurs approches ont été proposées et de nombreuses critiques formulées à son égard.

i) L'approche fonctionnelle—*Imbler v. Pachtman*: «Les motifs du juge Powell»

En 1972, Paul Imbler a présenté une demande en vertu de 42 U.S.C. § 1983 dans laquelle il reprochait au poursuivant et à plusieurs policiers

cause him loss of liberty by allowing a witness to give false testimony, suppressing evidence, prosecuting with knowledge of an exculpatory lie-detector test and introducing an altered police artist's sketch. Section 1983 of the *Civil Rights Act* creates a federal damage action against anyone who acts under colour of state law to deprive a person of his civil rights as protected by the U.S. Constitution. Powell J., speaking for five members of the Supreme Court, held that a prosecutor is absolutely immune from s. 1983 actions when the actions arise out of the prosecutor's initiation of prosecution and presentation of the State's case. In addition, the Court seemed to suggest that absolute immunity also attached to activities that "were intimately associated with the judicial phase of the criminal process" (p. 430). The Court then adopted what has become known as the "functional approach" of prosecutorial immunity.

The *Imbler* decision recognizes that prosecutors perform many functions in the course of fulfilling their duties, among them being the decision to initiate a prosecution, which witnesses to call, what other evidence to present, and obtaining, reviewing and evaluating evidence. The Court accepts that drawing a line between these functions is a difficult task but concludes that prosecutorial functions of a quasi-judicial or advocacy nature should be afforded absolute immunity. The Court refused to comment on whether a similar immunity attaches to what it called the "administrative" or "investigative" role of the prosecutor. In the course of justifying its position, the Court noted that the same policy considerations that afford absolute immunity to judges acting within the scope of their duties support a prosecutor's common law absolute immunity. The Court simply extended that line of reasoning to s. 1983 claims.

d'avoir comploté en vue de le priver de sa liberté en permettant à un témoin de donner un faux témoignage, en supprimant des éléments de preuve, en engageant des poursuites, tout en sachant que le résultat d'un test au détecteur de mensonges le disculpait, et en produisant en preuve un portrait-robot altéré. L'article 1983 de la *Civil Rights Act* prévoit une action fédérale en dommages-intérêts pouvant être exercée contre quiconque s'autorise d'une loi d'un État pour priver une personne des droits que lui garantit la Constitution des États-Unis. Le juge Powell, parlant au nom de cinq membres de la Cour suprême, a dit qu'un poursuivant bénéficie d'une immunité absolue contre des actions fondées sur l'art. 1983 lorsque celles-ci découlent de l'introduction des poursuites et de la présentation de la preuve de l'État par le poursuivant. De plus, la cour semble avoir reconnu également l'existence d'une immunité absolue à l'égard des activités [TRADUCTION] «intimement liées à la phase judiciaire du processus criminel» (p. 430). La cour a ensuite adopté relativement à l'immunité du poursuivant ce qu'on appelle «l'approche fonctionnelle».

L'arrêt *Imbler* reconnaît qu'en s'acquittant de leurs fonctions, les poursuivants accomplissent un grand nombre de tâches, dont décider d'engager des poursuites, quels témoins citer et quelles autres preuves produire, ainsi qu'obtenir, examiner et apprécier des éléments de preuve. La cour convient qu'il est difficile de tracer une ligne de démarcation entre ces fonctions, mais conclut qu'il devrait y avoir une immunité absolue dans le cas des fonctions du poursuivant qui revêtent un caractère quasi judiciaire ou qui tiennent du rôle d'un avocat. Elle a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le poursuivant jouit d'une immunité semblable dans son rôle «administratif» ou «d'enquêteur». Pour justifier ce point de vue, la cour fait remarquer que les raisons de principe qui justifient l'immunité absolue accordée aux juges agissant dans les limites de leurs fonctions fondent également l'immunité absolue des poursuivants en *common law*. La cour a simplement appliqué ce raisonnement aux demandes fondées sur l'art. 1983.

The policy considerations canvassed by the Court are familiar ones and can be summarized as follows:

1. Public Confidence

"The public trust of the prosecutor's office would suffer if he were constrained in making every decision by the consequences in terms of his own potential liability in a suit for damages."

2. Diversion from Duties

"... if the prosecutor could be made to answer in court each time such a person charged him with wrongdoing, his energy and attention would be diverted from the pressing duty of enforcing the criminal law."

3. Balancing of Evils

"... we find ourselves in agreement with Judge Learned Hand, who wrote of the prosecutor's immunity from actions for malicious prosecution:

"... it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation." *Gregoire v. Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) cert. denied, 339 U.S. 949 (1950)."

4. Other Available Remedies

"Even judges ... could be punished criminally for willful deprivations of constitutional rights ... The prosecutor would fare no better for his willful acts ... Moreover, a prosecutor stands perhaps unique, among officials whose acts could deprive persons of constitutional rights, in his amenability to professional discipline by an association of his peers."

(*Imbler, supra*, at pp. 424-29)

Therefore, Powell J. affirmed the judgment of the Court of Appeal for the Ninth Circuit and held that a prosecutor is absolutely immune from suit in initiating a prosecution and in presenting the State's case.

Les raisons de principe analysées par la cour sont bien connues et peuvent se résumer ainsi:

^a 1. La confiance du public

[TRADUCTION] «La confiance du public dans les poursuivants serait diminuée si ces derniers se voyaient soumis à des contraintes chaque fois qu'ils prennent une décision, en raison de la possibilité de poursuites en dommages-intérêts.»

2. Le détournement des fonctions

[TRADUCTION] «... si le poursuivant pouvait être actionné chaque fois qu'une telle personne l'accusait d'inconduite, ses efforts et son attention seraient détournés de la tâche importante qu'est l'application du droit criminel.»

^d 3. Le choix entre deux maux

[TRADUCTION] «... nous partageons l'avis du juge Learned Hand, qui a écrit au sujet de l'immunité du poursuivant contre les actions pour poursuites abusives:

^e «on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d'exposer ceux qui s'efforcent d'accomplir leur devoir à la menace constante de représailles». *Gregoire v. Biddle*, 177 F. (2d) 579, 581 (CA2 1949) cert. refusé; 339 U.S. 949 (1950).»

4. Les autres recours possibles

^g [TRADUCTION] «... Même les juges [...] pourraient s'attirer des sanctions pénales s'ils portaient volontairement atteinte à des droits constitutionnels [...] Il en serait de même du poursuivant pour des actes volontaires [...] De plus, un poursuivant est peut-être unique parmi les fonctionnaires dont les actes peuvent léser les droits constitutionnels d'individus parce qu'il peut faire l'objet de mesures disciplinaires prises par une association de ses pairs.»

(*Imbler*, précité, aux pp. 424 à 429)

ⁱ Le juge Powell a donc confirmé l'arrêt de la Cour d'appel du Neuvième circuit et a statué qu'un poursuivant bénéficie d'une immunité absolue lorsqu'il engage des poursuites et présente la preuve de l'État.

ii) The Functional Approach—Imbler v. Pachtman: "The White Judgment"

While concurring with the judgment of Powell J. and much of his reasoning, White J. (Brennan and Marshall JJ. joining) would carve out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence. In doing so White J. examined the rationale for granting absolute immunity to prosecutors at common law (at p. 442):

The absolute immunity ... is designed to encourage [the prosecutors] to bring information to the court which will resolve the criminal case. ... Lest they withhold valuable but questionable evidence or refrain from making valuable but questionable arguments, prosecutors are protected from liability for submitting before the court information later determined to have been false to their knowledge.

According to White J. immunity from suit based on the unconstitutional suppression of evidence would "stand this immunity rule on its head" (p. 442) by discouraging precisely the disclosure of evidence sought to be encouraged by the rule (at p. 443):

A prosecutor seeking to protect himself from liability for failure to disclose evidence may be induced to disclose more than is required. But this will hardly injure the judicial process. Indeed, it will help it. Accordingly, lower courts have held that unconstitutional suppression of exculpatory evidence is beyond the scope of "duties constituting an integral part of the judicial process" and have refused to extend absolute immunity to suits based on such claims. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), cert. denied, 409 U.S. 1029 (1972) ...

White J.'s position then would limit the scope of absolute immunity but would not eliminate the theoretical underpinning of the Powell majority judgment, namely the functional approach to absolute immunity.

The functional approach has been criticized on a number of grounds. First, there is the ever present problem of line-drawing between functions that are quasi-judicial and those that are administrative

ii) L'approche fonctionnelle—Imbler v. Pachtman: «Les motifs du juge White»

Bien que souscrivant aux motifs du juge Powell et à une bonne partie de son raisonnement, le juge White (avec l'appui des juges Brennan et Marshall) était d'avis de créer une exception à la règle de l'immunité absolue pour les cas de suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve. À ce propos, le juge White a examiné la raison d'être de l'immunité absolue accordée aux poursuivants par la *common law* (à la p. 442):

[TRADUCTION] L'immunité absolue [...] est destinée à encourager [les poursuivants] à présenter à la cour des renseignements qui permettront de régler l'affaire criminelle [...] De crainte qu'ils ne communiquent pas des éléments de preuve utiles mais douteux ou qu'ils s'abstiennent d'avancer des arguments utiles mais douteux, les poursuivants sont protégés contre la responsabilité du fait d'avoir soumis à la cour des renseignements dont on découvre par la suite qu'ils les savaient faux.

Selon le juge White, l'immunité contre une action fondée sur la suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve aurait pour effet de [TRADUCTION] «pervertir la règle de l'immunité» (p. 442) en décourageant précisément la production des éléments de preuve dont la règle vise à favoriser la production (à la p. 443):

[TRADUCTION] Un poursuivant qui cherche à se protéger contre la responsabilité du fait de son omission de révéler des éléments de preuve pourrait être enclin à divulguer plus que ce qui est requis. Mais cela ne nuira guère au processus judiciaire. En fait, cela lui sera bénéfique. C'est pourquoi les juridictions inférieures ont dit que la suppression inconstitutionnelle de preuves disculpatoires ne relève pas des «fonctions faisant partie intégrante du processus judiciaire» et ont refusé d'accorder une immunité absolue contre les actions ayant une telle origine. *Hilliard v. Williams*, 465 F. 2d 1212, 1218 (CA6), cert. refusé, 409 U.S. 1029 (1972) ...

La position du juge White apporterait donc une restriction à l'immunité absolue sans pour autant écartier le fondement théorique des motifs de la majorité rédigés par le juge Powell, savoir l'approche fonctionnelle.

L'approche fonctionnelle a été critiquée à plusieurs titres. D'abord, il y a l'éternel problème du tracé de la ligne de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les fonctions administratives ou

or investigative. Drawing the line is made more difficult by multi-faceted functions, functions that simultaneously serve quasi-judicial, administrative and investigative functions. (See Anthony Lupino, "Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity" (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, at pp. 493-94.) Aside from the problem of distinguishing between prosecutorial functions, there is the conceptual difficulty in justifying differential treatment of malicious acts based on the criterion of function. If a prosecutor acts maliciously in the course of the prosecution of an accused, does it really matter whether the function being carried out is characterized as "quasi-judicial" or "administrative"?

An example of the difficulty with the functional approach is the disagreement in the lower courts in the United States over whether quasi-judicial absolute immunity extends to investigative functions of a prosecutor. In addition, and in light of the White concurring judgment in *Imbler*, there is disagreement over whether leaks of information and destruction or alteration of evidence are acts that are protected by absolute immunity: see cases cited by J. C. Filosa, "Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes," [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, at pp. 985-86. In my view, these disagreements demonstrate the futility of attempting to differentiate between functions of a prosecutor in a principled way. The result is often arbitrary line-drawing which leads to seemingly unresolvable conflict and the diversion of attention from the central issue, namely whether or not a prosecutor has acted maliciously.

Second, it has been argued that the policy rationales supporting absolute immunity for prosecutors, derived as they are from judicial immunity, rely on an inaccurate reading of history. Filosa in his article challenges the derivation of the prosecutor's quasi-judicial immunity from s. 1983

d'enquête. Tracer cette ligne devient encore plus difficile dans le cas de fonctions multidimensionnelles, c'est-à-dire celles qui sont à la fois fonctions quasi judiciaires, administratives et fonctions d'enquête. (Voir Anthony Luppino, «Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity» (1982), 34 *Stan. L. Rev.* 487, aux pp. 493 et 494.) Outre le problème que pose la différenciation des diverses fonctions du poursuivant, il y a la difficulté conceptuelle à justifier que des actes malveillants soient jugés différemment par suite de l'application du critère de la fonction. Si un poursuivant fait preuve de malveillance dans le cadre de poursuites engagées contre un accusé, importe-t-il vraiment que la fonction exercée soit qualifiée de «quasi judiciaire» ou d'«administrative»?

d Un exemple de la difficulté inhérente à l'approche fonctionnelle est le désaccord entre les juridictions inférieures des États-Unis sur la question de savoir si l'immunité absolue quasi judiciaire s'étend aux fonctions d'enquête d'un poursuivant. De plus, compte tenu des motifs concordants du juge White dans l'affaire *Imbler*, il y a divergence sur le point de savoir si les fuites de renseignements et la destruction ou l'altération d'éléments de preuve sont des actes bénéficiant de la protection d'une immunité absolue: voir la jurisprudence citée par J. C. Filosa, «Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes», [1983] *U. Ill. L. Rev.* 977, aux pp. 985 et 986. À mon avis, ces désaccords démontrent la futilité de tenter de différencier les fonctions d'un poursuivant en ayant recours à quelque principe. Souvent cela n'aboutit qu'à l'établissement de lignes arbitraires qui amènent des conflits apparemment impossibles à régler et la question fondamentale, celle de savoir si un poursuivant a fait preuve de malveillance, est reléguée à l'arrière-plan.

Deuxièmement, on a prétendu que les raisons de principe invoquées comme fondement d'une immunité absolue pour les poursuivants, lesquelles dérivent du principe de l'immunité judiciaire, reposent sur une interprétation erronée de l'histoire. Dans son article, Filosa conteste l'idée que l'immunité quasi judiciaire du poursuivant contre les actions fondées sur l'art. 1983 découle de l'immunité abso-

claims from the absolute immunity of judges at common law (at pp. 980-81):

In the sixteenth century, English judges were typically liable for their torts. Throughout the nineteenth century, judges remained liable for malicious conduct done without reasonable and probable cause. In America before *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], courts held many judicial officers liable for their wrongful acts.... Of the thirty-seven states in existence in 1871, thirteen had judicial immunity, six states held judges liable for malicious actions, nine had not taken a clear position, and nine had not faced the question.

Filosa goes on to argue that Congress could not have meant to incorporate a doctrine of absolute immunity into s. 1983 because *Bradley*, which firmly entrenched judicial immunity in the common law, was not decided until 1872, one year after the *Civil Rights Act of 1871* that contained s. 1983.

4. *Alternatives to Imbler*

i) The Functional Approach Reapproached

The difficulties in applying the functional test have led American courts and academic commentators to suggest alternatives or reassessments of the test. One such attempt has been described by its proponent as the "functional approach reappraised". (See Note, "Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits" (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, at pp. 190-91.) This approach seeks to avoid a judicial hearing to determine whether a prosecutor's action is quasi-judicial. As such the test states that "the only duties clearly not entitled to quasi-judicial immunity are those so divorced from the judicial process that they could readily be assigned to another official who could be completely independent of the prosecutor" (see Note, *loc. cit.*, at p. 191). This approach seeks to grant to the prosecutor absolute immunity in a wider sphere of activities in the hopes of clarifying the distinction between quasi-judicial and investigative activities. In my view, this modification still has the drawback of requiring a line to be drawn between

luc dont jouissaient les juges en *common law* (aux pp. 980 et 981):

[TRADUCTION] Au seizième siècle, les juges anglais étaient en règle générale responsables des délits civils qu'ils commettaient. Tout au cours du dix-neuvième siècle, les juges continuaient à répondre de tout acte malveillant qu'ils accomplissaient sans motif raisonnable ou probable. Aux États-Unis, avant la décision *Bradley v. Fisher* [80 U.S. (13 Wall.) 335 (1872)], les tribunaux ont jugé beaucoup de fonctionnaires judiciaires responsables de leurs actes dommageables... Sur les trente-sept États qui existaient en 1871, treize reconnaissaient l'immunité judiciaire, six tenaient les juges pour responsables de leurs actes malveillants, neuf n'avaient pas pris de position nette et neuf n'avaient pas abordé la question.

Filosa soutient ensuite que le Congrès n'a pas pu vouloir incorporer dans l'art. 1983 un principe d'immunité absolue parce que la décision *Bradley*, qui consacrait en *common law* la notion d'immunité judiciaire, n'a été rendue qu'en 1872, soit un an après l'adoption de la *Civil Rights Act of 1871*, dans laquelle figurait l'art. 1983.

4. *Positions de rechange face à l'arrêt Imbler*

i) Réexamen de l'approche fonctionnelle

Les difficultés d'application du critère fonctionnel ont amené les tribunaux et les commentateurs américains à proposer d'autres critères ou la réévaluation du critère existant. Une de ces propositions a été décrite par son auteur comme le [TRADUCTION] «réexamen de l'approche fonctionnelle». (Voir Note, «Delimiting the Scope of Prosecutorial Immunity from Section 1983 Damage Suits» (1977), 52 *N.Y.U. L. Rev.* 173, aux pp. 190 et 191.) On y cherche à éviter la tenue d'une audience judiciaire pour déterminer si l'acte du poursuivant revêt un caractère quasi judiciaire. Donc, suivant ce critère, [TRADUCTION] «des seules fonctions qui ne donnent manifestement pas lieu à une immunité quasi judiciaire sont celles qui sont à ce point étrangères au processus judiciaire qu'elles pourraient facilement être attribuées à un autre fonctionnaire totalement indépendant du poursuivant» (voir Note, *loc. cit.*, à la p. 191). Cette approche vise à accorder au poursuivant une immunité absolue dans des champs d'activité plus étendus, avec l'espoir de parvenir à préciser la

prosecutorial functions, a difficult task in itself. The modification, in seeking to make that task easier, errs on the side of including more activities within the realm of absolute prosecutorial immunity, a modification that, with respect, offers an immunity considerably wider than that given to judges from which prosecutorial immunity is allegedly derived.

ii) General Features Test: *Wilkinson v. Ellis*

In *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), the plaintiff alleged that a prosecutor destroyed a tape recorded interview with a man who admitted involvement in the alleged criminal activity, thereby exonerating the plaintiff. The prosecutor moved to dismiss the action, arguing that the destruction of evidence is a quasi-judicial act shielded by absolute immunity. The *Wilkinson* court refused to characterize the destruction as either investigative or quasi-judicial. Rather, it resolved the difficulty of classifying activities by asking whether the activity contained features "which generally characterize quasi-judicial activity" (p. 1083). In deciding that the destruction did not have the "general features" of quasi-judicial activity, the court identified three factors to be taken into account: (1) the activity's physical and temporal proximity to the judicial process; (2) the degree of dependence upon legal opinions and prosecutorial discretion involved in the conduct; and (3) whether the activity is primarily advocacy (p. 1080). This approach in my view, does little to get away from the inherent problems involved in categorizing prosecutorial actions.

iii) The *Imbler* "Umbrella"

This variation of the functional approach involves limiting the scope of the prosecutor's quasi-judicial function to conduct that falls within the

distinction entre les activités quasi judiciaires et les activités d'enquête. À mon avis, cette modification présente encore l'inconvénient d'obliger à tracer une ligne de démarcation entre les différentes fonctions du poursuivant, ce qui représente déjà une tâche difficile. En tentant de faciliter cette tâche, la modification pêche par l'extension de l'immunité absolue du poursuivant à un plus grand nombre d'activités et j'estime, avec égards, qu'elle offre au poursuivant une immunité nettement plus large que celle accordée aux juges, dont elle est censée dériver.

ii) Le critère des caractéristiques générales: *Wilkinson v. Ellis*

Dans l'affaire *Wilkinson v. Ellis*, 484 F. Supp. 1072 (E.D. Pa. 1980), le demandeur prétendait qu'un poursuivant avait détruit l'enregistrement d'une entrevue avec un homme qui avouait sa participation à l'acte criminel et qui en conséquence disculpait le demandeur. Le poursuivant a demandé le rejet de l'action, parce que la destruction d'éléments de preuve constitue un acte quasi judiciaire qui bénéficie d'une immunité absolue. La cour dans l'affaire *Wilkinson* a refusé de caractériser la destruction de la preuve comme un acte d'enquête ou un acte quasi judiciaire. Au lieu de cela, elle a résolu la difficulté de la classification des activités en se demandant si l'acte en cause comportait des traits [TRADUCTION] «qui caractérisent généralement les actes quasi judiciaires» (p. 1083). En décidant que la destruction de la preuve ne présentait pas les [TRADUCTION] «caractéristiques générales» d'un acte quasi judiciaire, la cour a énuméré trois facteurs à prendre en considération: (1) l'étroitesse du lien matériel et temporel de l'acte avec le processus judiciaire; (2) la part des opinions juridiques et du pouvoir discrétionnaire du poursuivant dans l'acte en cause; et (3) le fait que l'acte relève ou non principalement des fonctions d'un avocat (p. 1080). Cette approche, selon moi, ne contribue guère à résoudre les problèmes inhérents à la catégorisation des actes d'un poursuivant.

iii) Le «champ» de l'arrêt *Imbler*

Cette variante de l'approche fonctionnelle consiste à limiter l'étendue du rôle quasi judiciaire du poursuivant à la conduite qui s'inscrit dans les

narrowest confines of the *Imbler* test: in other words within the "umbrella" of coverage defined by the language of *Imbler*. Acts that are under the "umbrella" attract absolute immunity; all others receive at most qualified immunity. (See *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 913 (1981).) This approach merely re-states the categorization problem found in *Imbler*. The test requires a determination of what constitutes the coverage of the so-called "*Imbler* umbrella" and thereby takes us back to the original problem of line-drawing.

iv) The Harm Test

This variation of *Imbler* construes that decision broadly by granting absolute immunity to prosecutorial conduct that causes a defendant to "face prosecution, or to suffer imprisonment or pretrial detention". (See *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), at p. 453.) The test denies absolute immunity to prosecutorial conduct that inflicts harm independent of the prosecution itself. This approach looks to the effects of prosecutorial conduct and as such purports to reduce the issue to a factual determination of harms. If the harm is unrelated to the judicial phase of the criminal justice process then the prosecutorial act causing the harm is not quasi-judicial.

v) The Supplemental Functional Approach

This approach involves a two-step process: first, determining what conduct normally merits absolute or qualified immunity and second, in the remaining cases, identifying the substantive values affected by conduct that is not susceptible to traditional categorization. (See Luppino, loc. cit., at p. 505.) This variation recognizes that there will be occasions when conduct does not clearly fall into one of the two traditional categories: quasi-judicial and non-quasi-judicial. When conduct does not fall into either category explicit balancing of competing interests becomes necessary. In this respect,

limites les plus étroites du critère établi dans l'arrêt *Imbler* ou qui, en d'autres termes, relève du «champ» couvert par cet arrêt. Les actes compris dans ce «champ» bénéficient d'une immunité absolue; les autres donnent lieu tout au plus à une immunité restreinte. (Voir *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F.2d 499 (5th Cir. 1980), cert. refusé, 450 U.S. 913 (1981).) Cette approche n'est autre qu'une reformulation du problème de classification qui se pose dans l'affaire *Imbler*. Il s'agit d'un critère qui exige la détermination de l'étendue de ce qu'on appelle le «champ de l'arrêt *Imbler*» et cela nous ramène au problème initial du tracé de lignes de démarcation.

iv) Le critère du préjudice

Cette variante du principe posé dans l'arrêt *Imbler* donne à cet arrêt une interprétation large en accordant une immunité absolue à l'égard de toute conduite du poursuivant par suite de laquelle un défendeur doit [TRADUCTION] «faire face à des poursuites ou subir l'incarcération ou la détention préventive». (Voir *Taylor v. Kavanagh*, 640 F.2d 450 (2d Cir. 1981), à la p. 453.) Ce critère ne confère pas d'immunité absolue dans le cas d'une conduite de la part du poursuivant qui porte préjudice indépendamment des poursuites elles-mêmes. Cette approche tient compte des conséquences de la conduite du poursuivant et, de ce fait, vise à réduire la question à une détermination objective du préjudice. Si le préjudice n'a aucun rapport avec la phase judiciaire du processus de justice criminelle, l'acte dommageable du poursuivant ne revêt pas un caractère quasi judiciaire.

v) L'approche fonctionnelle complémentaire

Cette approche comporte deux étapes. D'abord, on doit décider quelle conduite mérite normalement une immunité absolue ou restreinte. Ensuite, dans les autres cas, il faut déterminer quelles valeurs fondamentales sont touchées par une conduite qui ne se prête pas à la classification traditionnelle. (Voir Luppino, loc. cit., à la p. 505.) Cette variante reconnaît qu'il y a des situations où une conduite ne relève pas clairement de l'une des deux catégories traditionnelles: le quasi judiciaire et ce qui ne l'est pas. Lorsqu'une conduite ne tombe ni dans l'une ni dans l'autre catégorie, il

courts should weigh the cost to the judicial system resulting from the unredressed civil wrong against the cost to the efficiency of the criminal justice system. This approach recognizes that the *Imbler* functional approach cannot account for all prosecutorial functions; there will be some conduct that is multi-faceted and uncategorizable. As a result the approach resorts to a consideration of first principles, namely a balancing of the policy considerations both in favour and opposed to prosecutorial immunity in the first place. In short, we have come full circle.

The American position, in any of its forms, demonstrates the impracticality of the functional approach to prosecutorial immunity. In my view, the functional approach leads to arbitrary line drawing between prosecutorial functions. This line drawing exercise is made nearly impossible by the reality that many prosecutorial functions are multi-faceted and cannot be neatly categorized. Further, it must be noted that however one categorizes a prosecutor's function it is still that of the prosecutor. If it can be demonstrated that a prosecutor has acted without reasonable cause and has acted with malice then does it really matter which functions he was carrying out? In my view to decide the scope of immunity on the basis of categorization of functions is an unprincipled approach that obscures the central issue, namely whether the prosecutor has acted maliciously. If immunity is to be qualified it should be done in a manner other than by the drawing of lines between quasi-judicial and other prosecutorial functions.

5. *The English Position*

The position in respect of prosecutorial immunity in England is somewhat unique in that jurisdiction owing in part to the tradition of private prosecution. Private prosecutors have always been liable to suit for malicious prosecution though few, if any, reported cases exist. The Director of Public Prosecutions, who performs the same or similar

faut alors soupeser les intérêts en conflit. Dans ce contexte, il incombe aux tribunaux de mettre en balance le coût pour le système judiciaire d'un délit civil non réparé et le coût pour l'efficacité du système de justice criminelle. Cette démarche reconnaît que l'approche fonctionnelle de l'arrêt *Imbler* ne peut tenir compte de la totalité des fonctions du poursuivant; certains actes seront multidimensionnels et non susceptibles de catégorisation. Il faut donc recourir à l'examen des principes de base, c'est-à-dire soupeser les considérations d'intérêt public militant à l'origine pour ou contre l'immunité du poursuivant. En bref, nous revenons au point de départ.

La position américaine, sous ses diverses formes, démontre l'impraticabilité de l'approche fonctionnelle dans le domaine de l'immunité du poursuivant. À mon avis, cette approche conduit à tracer des lignes de démarcation arbitraires entre les diverses fonctions du poursuivant. Or, le tracé de ces lignes est rendu presque impossible du fait qu'un bon nombre des fonctions en question sont multidimensionnelles et ne peuvent pas être classées dans des catégories déterminées. Il faut souligner en outre que, peu importe la façon dont on caractérise telle ou telle fonction du poursuivant, elle n'en demeure pas moins une fonction du poursuivant. Si l'on peut prouver qu'un poursuivant a agi sans motif raisonnable et avec malveillance, les fonctions précises dont il s'acquittait importent-elles vraiment? Je suis d'avis qu'avoir recours à la catégorisation de fonctions pour déterminer l'étendue de l'immunité est une méthode qui ne repose sur aucun principe et qui embrouille la question fondamentale: celle de savoir si le poursuivant a fait preuve de malveillance. Si l'immunité doit être restreinte, il faut le faire autrement qu'en traçant des lignes de démarcation entre les fonctions quasi judiciaires et les autres fonctions du poursuivant.

5. *La position anglaise*

La position anglaise à l'égard de l'immunité du poursuivant est assez unique, en raison partiellement de la tradition des poursuites privées. Les poursuivants privés ont toujours été exposés à des actions pour poursuites abusives, quoiqu'il existe peu, ou point, de décisions publiées dans ce domaine. La charge d'avocat général (*Director of*

function as a Canadian provincial Attorney General, was not created until 1879. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the Court said the following in respect of suits against the D.P.P. (at p. 941):

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying, that the existence of the Attorney General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted.

The English position then, at the very least, leaves the door open for suits against the equivalent of our Attorneys General and Crown Attorneys when what is at issue is the suppression of evidence. It is apposite to note that this position is reflective of White J.'s concurring opinion in *Imbler, supra*, wherein he carved out an exception to the rule of absolute immunity for the unconstitutional suppression of evidence.

6. Scotland

It would appear that in Scotland the equivalent of our Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from civil liability. In *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, the court said at p. 377:

It is, therefore, an essential element in the very structure of our criminal administration in Scotland that the Lord Advocate is protected by an absolute privilege in respect of matters in connexion with proceedings brought before a Scottish Criminal Court by way of indictment Never in our history has a Lord Advocate been sued for damages in connexion with such proceedings. On the contrary, our Courts have consistently affirmed the existence of such immunity on his part.

Public Prosecutions), dont les fonctions sont identiques ou semblables à celles d'un procureur général provincial au Canada, n'a été créée qu'en 1879. Dans l'arrêt *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), la cour disait ceci quant aux actions intentées contre le D.P.P. (à la p. 941):

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation.

La position anglaise admet donc au moins la possibilité d'actions contre les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne lorsque la suppression d'éléments de preuve est en cause. Il convient de faire remarquer que cette position rejoint l'opinion concordante du juge White, dans l'affaire *Imbler*, précitée, qui a prévu une exception à la règle de l'immunité absolue dans le cas de la suppression inconstitutionnelle d'éléments de preuve.

g 6. L'Écosse

En Écosse, les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne paraissent jouir d'une immunité absolue contre la responsabilité civile. Dans l'affaire *Hester v. MacDonald*, [1961] S.C. 370, la cour dit, à la p. 377:

[TRADUCTION] L'immunité absolue du Lord Advocate relativement à tout ce qui se rapporte aux procédures engagées par voie de mise en accusation devant une instance criminelle écossaise est un élément essentiel de la structure même de l'administration criminelle en Écosse Jamais un Lord Advocate n'a fait l'objet d'une action en dommages-intérêts par suite de telles procédures. Au contraire, nos tribunaux ont toujours maintenu son immunité.

The rationale underlying this comment has been disputed by Professor Edwards in *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984) in which he argues that the Scottish rationale is based upon the idea that the Lord Advocate and his agents enjoy a constitutional trust which assumes good faith in commencing a prosecution, a rationale far removed from that invoked by the Ontario courts.

7. *Australia and New Zealand*

The position in respect of prosecutorial immunity in Australia and New Zealand is not clear. As far as I can determine, there does not seem to be any reported case on the issue.

Although the situation prevailing in European civil law jurisdictions is interesting, its application to the case at bar is of limited usefulness because of the wide differences between the civil law system and our common law tradition.

II. The Preferred Canadian Position

1. *The Role of the Attorney General and Crown Attorney*

Historically the Attorney General's role was that of legal adviser to the Crown and to the various departments of government. More specifically the principal function was and still is the prosecution of offenders. The appointment of Crown Attorneys as agents of the Attorney General, arose from the increasing difficulty of the Attorney General to attend effectively to all of his duties amid increases in population, and the expansion of settlement.

The office of the Crown Attorney has as its main function the prosecution of and supervision over indictable and summary conviction offences. The Crown Attorney is to administer justice at a local level and in so doing acts as agent for the Attorney General. Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys," [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the

Le fondement de cette opinion a été contesté par le professeur Edwards qui, dans *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (1984), soutient que la position écossaise repose sur l'idée que le Lord Advocate et ses représentants se sont vu confier un devoir constitutionnel qui suppose qu'ils agissent de bonne foi en engageant des poursuites, ce qui est bien différent de la justification invoquée par les tribunaux ontariens.

7. *L'Australie et la Nouvelle-Zélande*

La position de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande sur l'immunité du poursuivant n'est pas claire. À ma connaissance, aucun jugement publié ne traite de la question.

Malgré l'intérêt que peut présenter la situation dans les ressorts civilistes européens, elle n'a que peu d'utilité en l'espèce compte tenu des différences marquées entre le système de droit civil et la *common law*.

II. La position canadienne

1. *Le rôle du procureur général et du procureur de la Couronne*

Traditionnellement, le procureur général jouait le rôle de conseiller juridique auprès de la Couronne et des différents ministères du gouvernement. Plus spécifiquement, sa tâche principale consistait, et consiste encore, à poursuivre les délinquants. La nomination de procureurs de la Couronne pour représenter le procureur général tient au fait que ce dernier avait de plus en plus de difficulté à s'acquitter efficacement de toutes ses fonctions, devant l'accroissement de la population et l'expansion des régions habitées.

Le rôle premier du procureur de la Couronne consiste à poursuivre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et à exercer une surveillance à cet égard. Le procureur de la Couronne administre la justice au niveau local et, en cela, agit au nom du procureur général. Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] «représentant de la justice» qui «devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat». (Morris Manning, «Abuse of Power by Crown Attorneys», [1979] *L.S.U.C.*

Crown Attorney, perhaps no more often quoted statement is that of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Among the many powers of a prosecutor are the following: the power to detain in custody, the power to prosecute, the power to negotiate a plea, the power to charge multiple offences, the power of disclosure/non-disclosure of evidence before trial, the power to prefer an indictment, the power to proceed summarily or by indictment, the power to withdraw charges, and the power to appeal. (For a fuller description of the genesis and operation of these powers see Manning, *loc. cit.*, at pp. 586-608, and P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), at pp. 69-83.)

With this background in mind, it is now necessary to turn to a consideration of the tort at issue, malicious prosecution, and the policy rationales in favour of an absolute immunity for the Attorney General and Crown Attorneys in respect of that tort.

2. *The Tort of Malicious Prosecution*

There are four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution:

Lectures 571, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Parmi les nombreux pouvoirs d'un poursuivant, on trouve notamment: le pouvoir de détenir préventivement, le pouvoir d'exercer des poursuites, le pouvoir de négocier sur le plaidoyer, le pouvoir de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions, le pouvoir de révéler ou de ne pas révéler la preuve avant le procès, le pouvoir de présenter un acte d'accusation, le pouvoir de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation, le pouvoir de retirer des accusations et le pouvoir d'interjeter appel. (Pour un exposé plus complet des origines et de l'exercice de ces pouvoirs, voir Manning, *loc. cit.*, aux pp. 586 à 608, et P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), aux pp. 63 à 74).

Ayant ce contexte présent à l'esprit, il nous faut maintenant examiner le délit civil en cause, celui de poursuites abusives, ainsi que les considérations d'intérêt public militant en faveur d'une immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne relativement à ce délit civil.

2. *Le délit civil de poursuites abusives*

Le demandeur doit prouver quatre éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

- a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- c) the absence of reasonable and probable cause;
- d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

(See J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 598.)

The first two elements are straightforward and largely speak for themselves. The latter two elements require explicit discussion. 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 accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed" (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J.)

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

The required element of malice is for all intents, the equivalent of "improper purpose". It has according to Fleming, a "wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage" (Fleming, *op. cit.*, at p. 609). 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 jus-

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

(Voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5^e éd. 1977), à la p. 598.)

Les deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication. Les deux derniers en revanche exigent une analyse détaillée. 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 et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question» (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, à la p. 171, le juge Hawkins).

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un «but illégitime». D'après Fleming, la malveillance [TRADUCTION] «veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel» (Fleming, *op. cit.*, à la p. 609). 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 pro-

“tice”. 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. (See for example breach of trust, s. 122, conspiracy re: false prosecution s. 465(1)(b), obstructing justice s. 139(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.)

Further, it should be noted that in many, if not all cases of malicious prosecution by an Attorney General or Crown Attorney, there will have been an infringement of an accused's rights as guaranteed by ss. 7 and 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

By way of summary then, a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task. Not only does the plaintiff have the notoriously difficult task of establishing a negative, that is the absence of reasonable and probable cause, but he is held to a very high standard of proof to avoid a non-suit or directed verdict (see Fleming, *op. cit.*, at p. 606, and *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, at pp. 469-71). Professor Fleming has gone so far as to conclude that there are built-in devices particular to the tort of malicious prosecution to dissuade civil suits (at p. 606):

The disfavour with which the law has traditionally viewed the action for malicious prosecution is most clearly revealed by the hedging devices with which it has been surrounded in order to deter this kind of litigation and protect private citizens who discharge their public duty of prosecuting those reasonably suspected of crime.

3. Policy Considerations

In light of what I have said regarding the role of the prosecutor in Canada, and the tort of malicious

cureur 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. (Voir, par exemple, l'abus de confiance, art. 122, le complot en vue d'engager des poursuites injustifiées, al. 465(1)b), l'entrave à la justice, par. 139(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.)

Notons en outre que bien souvent, sinon toujours, les cas de poursuites abusives exercées par un procureur général ou un procureur de la Couronne, comporteront une atteinte aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pour résumer donc, un demandeur qui intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile. Il doit non seulement s'acquitter de la tâche notoirement difficile de prouver un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de motif raisonnable et probable, mais il doit également satisfaire à une norme très élevée en matière de preuve s'il veut éviter le non-lieu ou le verdict imposé (voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 606, et *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, aux pp. 469 à 471). Le professeur Fleming va même jusqu'à conclure que le délit civil de poursuites abusives comporte certaines particularités destinées à décourager les actions civiles (à la p. 606):

[TRADUCTION] La désapprobation que le droit a traditionnellement manifestée à l'égard de l'action pour poursuites abusives ressort le plus nettement des restrictions qui lui ont été apportées afin de faire obstacle à ce type d'actions et de protéger les particuliers qui s'acquittent de leur devoir public de poursuivre les personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir commis des crimes.

3. Les considérations d'intérêt public

Compte tenu de ce que j'ai dit concernant le rôle du poursuivant au Canada et le délit civil de

prosecution, it now is necessary to assess the policy rationales. I would begin by noting that even those decisions that have come out firmly in favour of absolute immunity have described the rule as "troubling", a "startling proposition", "strained and difficult to sustain" (see *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.), at p. 531, and *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), at p. 794).

It is said by those in favour of absolute immunity that the rule encourages public trust and confidence in the impartiality of prosecutors. However, it seems to me that public confidence in the office of a public prosecutor suffers greatly when the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution. The existence of an absolute immunity strikes at the very principle of equality under the law and is especially alarming when the wrong has been committed by a person who should be held to the highest standards of conduct in exercising a public trust. (See *Filosa*, loc. cit., at p. 982, and Marilyn L. Pilkington, "Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), 62 *Can. Bar. Rev.* 517, at pp. 560-61.)

Regard must also be had for the victim of the malicious prosecution. The fundamental flaw with an absolute immunity for prosecutors is that the wrongdoer cannot be held accountable by the victim through the legal process. As I have stated earlier, the plaintiff in a malicious prosecution suit bears a formidable burden of proof and in those cases where a case can be made out, the plaintiff's *Charter* rights may have been infringed as well. Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. It seems clear that in using his office to maliciously prosecute an accused, the prosecutor would be depriving an individual of the right to

poursuites abusives, nous devons examiner maintenant les considérations d'intérêt public. Je commence par souligner que même les décisions prenant fermement position en faveur de l'immunité absolue ont qualifié cette règle de [TRADUCTION] «inquiétante», «alarmante», et «forcée et difficilement justifiable» (voir *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513 (C.A. Ont.), à la p. 531, et *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), à la p. 794).

Les partisans de la règle de l'immunité absolue soutiennent qu'elle favorise la confiance du public dans l'impartialité des poursuivants. Il me semble toutefois que la confiance du public dans l'institution du poursuivant public diminue beaucoup lorsque la personne qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l'abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives. L'immunité absolue va à l'encontre du principe même de l'égalité devant la loi et elle est particulièrement inquiétante lorsqu'il s'agit d'une faute commise par une personne qui devrait être tenue à une conduite exemplaire dans l'exercice de sa charge publique. (Voir *Filosa*, loc. cit., à la p. 982, et Marilyn L. Pilkington, «Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1984), 62 *R. du B. can.* 517, aux pp. 560 et 561.)

On doit penser également à la victime des poursuites abusives. La notion d'immunité absolue des poursuivants présente cette faille fondamentale que l'auteur du délit civil ne peut être obligé par la victime d'en répondre devant les tribunaux. Comme je l'ai déjà dit, la charge de la preuve incombant au demandeur dans une action pour poursuites abusives est extrêmement lourde et, dans les cas où il est en mesure d'établir sa cause, il est possible qu'il ait aussi été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l'immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d'interester des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu'elle rende impossible l'exercice d'un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il

liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Such an individual would normally have the right under s. 24(1) of the *Charter* to apply to a court of competent jurisdiction to obtain a remedy that the court considers appropriate and just if he can establish that one of his *Charter* rights has been infringed. The question arises then, whether s. 24(1) of the *Charter* confers a right to an individual to seek a remedy from a competent court. In my view it does. When a person can demonstrate that one of his *Charter* rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur. Whether or not a common law or statutory rule can constitutionally have the effect of excluding the courts from granting the just and appropriate remedy, their most meaningful function under the *Charter*, does not have to be decided in this appeal. It is, in any case, clear that such a result is undesirable and provides a compelling underlying reason for finding that the common law itself does not mandate absolute immunity.

It is also said in favour of absolute immunity that anything less would act as a "chilling effect" on the Crown Attorney's exercise of discretion. It should be noted that what is at issue here 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

semble évident qu'en se prévalant de son poste pour engager des poursuites abusives contre un accusé, le poursuivant porte atteinte au droit d'un individu à la liberté et à la sécurité de sa personne, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. À condition de prouver la violation d'un de ses droits garantis par la *Charte*, cet individu jouirait normalement aux termes du par. 24(1) de la *Charte* du droit de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste. La question qui se pose est donc de savoir si le par. 24(1) de la *Charte* confère aux particuliers le droit de demander une réparation au tribunal compétent. Personnellement, je crois que oui. Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution. Nous n'avons pas à trancher dans ce pourvoi la question de savoir si une règle de droit découlant de la *common law* ou d'un texte législatif peut constitutionnellement empêcher les tribunaux d'accorder une réparation juste et convenable, ce qui est leur fonction la plus importante sous le régime de la *Charte*. De toute façon, il est évident qu'un tel résultat n'est pas souhaitable et constitue une raison puissante et fondamentale de conclure que la *common law* elle-même ne prévoit pas d'immunité absolue.

On soutient en outre que reconnaître moins que l'immunité absolue aurait un «effet paralysant» sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la Couronne. Notons que ce dont il s'agit ici 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

use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function.

Therefore it seems to me that the "chilling effect" argument is largely speculative and assumes that many suits for malicious prosecution will arise from disgruntled persons who have been prosecuted but not convicted of an offence. I am of the view that this "flood-gates" argument ignores the fact that one element of the tort of malicious prosecution requires a demonstration of improper motive or purpose; errors in the exercise of discretion and judgment are not actionable. Furthermore, there exist built-in deterrents on bringing a claim for malicious prosecution. As I have noted, the burden on the plaintiff is onerous and strict. The fact that the absence of reasonable cause is a matter of law to be decided by a judge means that an action for malicious prosecution can be struck before trial as a matter of substantive inadequacy (see Rule 21.01 of the Ontario Rules of Civil Procedure for example). In fact this was the approach adopted by Kerans J.A. in *German v. Major*, *supra*. I agree with Kerans J.A. that "[i]t would indeed be a curious thing if we chose a stern immunity rule in preference to an effective striking-out rule" (p. 276). In addition most jurisdictions, including Ontario, have provisions that allow a defendant to move for summary judgment before a full-fledged trial takes place (see for example Rule 20 in Ontario). Finally, the potential that costs will be awarded to the defendant if an unmeritorious claim is brought acts as financial deterrent to meritless claims. Therefore, ample mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought. In fact, the difficulty in proving a claim for malicious prosecution itself acts as a deterrent. This high threshold of liability is evidenced by the small number of malicious prosecution suits brought against police officers each year. In addition, since 1966, the province of Quebec permits suits against the Attorney General and Crown prosecutors without any evi-

tes; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant.

a Il me semble en conséquence que l'argument fondé sur «l'effet paralysant» est largement spéculatif et suppose que de nombreuses actions pour poursuites abusives seront intentées par des personnes dépitées qui, ayant été poursuivies, n'ont b été reconnues coupables d'aucune infraction. Je suis d'avis que cet argument qui agite le spectre d'une «avalanche» d'actions ne tient pas compte du fait que le délit civil de poursuites abusives exige la c preuve d'un motif ou d'un but illégitimes; les erreurs commises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire et les erreurs de jugement ne donnent pas lieu à des actions en justice. D'autre part, l'action pour poursuites abusives comporte ses propres moyens de dissuasion. Comme je l'ai déjà dit, d la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte. Puisque l'absence de motif e raisonnable est une question de droit à décider par le juge, une action pour poursuites abusives peut être radiée pour absence de fondement suffisant (voir la règle 21.01 des Règles de procédure civile de l'Ontario, par exemple). C'est précisément cette démarche qu'a adoptée le juge Kerans de la Cour d'appel dans l'arrêt *German v. Major*, précité. Je f suis d'accord avec le juge Kerans que [TRADUCTION] «[i]l paraîtrait étrange de choisir une stricte règle d'immunité de préférence à une règle efficace permettant la radiation» (p. 276). En outre, g dans la plupart des ressorts, y compris l'Ontario, il existe des dispositions autorisant un défendeur à présenter une requête en jugement sommaire avant la tenue d'une instruction complète (voir, par exemple, la règle 20 en Ontario). Finalement, h la possibilité de l'adjudication de dépens au défendeur aura un effet préventif contre les poursuites frivoles. Il existe donc à l'intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles. En fait, la difficulté de prouver une allé- i gation de poursuites abusives constitue elle-même un empêchement. Que le seuil de responsabilité en matière de poursuites abusives soit très élevé est confirmé par le peu d'actions de ce genre intentées j chaque année contre des policiers. Par ailleurs, la province de Québec permet les actions contre le procureur général et les procureurs de la Couronne

dence of a flood of claims. Therefore, I find unpersuasive the claim that absolute immunity is necessary to prevent a flood of litigation.

As for alternative remedies available to persons who have been maliciously prosecuted, none seem to adequately redress the wrong done to the plaintiff. The use of the criminal process against a prosecutor who in the course of a malicious prosecution has committed an offence under the *Criminal Code*, addresses itself mainly to the vindication of a public wrong not the affirmation of a private right of action. Of special interest in this regard is s. 737 of the *Criminal Code* which deals with the making of a probation order. Section 737(2) stipulates that certain conditions may be prescribed in a probation order, one of them being that the convicted person "make restitution or reparation to any person aggrieved or injured by the commission of the offence for the actual loss or damage sustained by that person as a result thereof" (s. 737(2)(e)). This section would seem to be an indirect method of at least partially remedying a wrong done to an individual as a result of a malicious prosecution. However the section is only operative when an accused has been convicted of an offence and when a probation order is made. In addition, the Court's power to award compensation to a victim is limited to damages that are relatively concrete and ascertainable. (See *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (Ont. H.C.)) As such it would seem a rather inadequate substitute for a private right of action. I do however pause to note that many cases of genuine malicious prosecution will also be offences under the *Criminal Code*, and it seems rather odd if not incongruous for reparation to be possible through a probation order but not through a private right of action.

Further, the use of professional disciplinary proceedings, while serving to some extent as punishment and deterrence, do not address the central issue of making the victim whole again. And as has already been noted, it is quite discomfiting to realize that the existence of absolute immunity may bar a person whose *Charter* rights have been

depuis 1966 sans que cela ait provoqué une avalanche d'actions. En conséquence, je tiens pour peu convaincant l'argument selon lequel l'immunité absolue s'impose pour éviter une avalanche de litiges.

Des autres recours qui s'offrent aux personnes visées par des poursuites abusives, aucun ne semble adéquat pour réparer le préjudice subi. L'exercice de poursuites criminelles contre un poursuivant qui, dans le cadre de poursuites abusives, commet une infraction au *Code criminel*, vise surtout le redressement d'un tort public et n'a rien à voir avec un droit privé d'action. L'article 737 du *Code criminel*, portant sur le prononcé d'une ordonnance de probation, est particulièrement intéressant à cet égard. Aux termes du par. 737(2), une ordonnance de probation peut prescrire certaines conditions, dont l'obligation de la part du coupable de «faire restitution ou réparation, à toute personne lésée ou blessée du fait de l'infraction, de la perte ou du dommage véritables soufferts de ce fait par cette personne» (al. 737(2)e)). Cette disposition semble constituer un moyen indirect de réparer, du moins partiellement, le préjudice occasionné à un individu par des poursuites abusives. L'alinéa en question ne joue cependant que lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction et qu'une ordonnance de probation est rendue. De plus, le pouvoir du tribunal d'accorder une indemnisation à une victime se limite aux dommages qui sont relativement concrets et déterminables (voir *R. v. Groves* (1977), 37 C.C.C. (2d) 429 (H.C. Ont.)) Ce pouvoir paraît donc se substituer assez mal à un droit privé d'action. Je fais remarquer toutefois que bien des cas de poursuites abusives véritables constitueront également des infractions au *Code criminel* et il semble plutôt curieux, voire absurde, qu'une réparation puisse être obtenue par le biais d'une ordonnance de probation, mais non par l'exercice d'un droit privé d'action.

En outre, les procédures disciplinaires professionnelles, quoique possédant un certain caractère punitif et dissuasif, n'atteignent pas le but principal qui est de remettre la victime dans son état antérieur et, ainsi que je l'ai déjà indiqué, il serait inquiétant que l'existence d'une immunité absolue puisse empêcher la victime d'une violation des

infringed from applying to a competent court for a just and appropriate remedy in the form of damages.

III. Conclusion

A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. For the reasons I have stated above I am of the view that absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified in the interests of public policy. We must be mindful that an absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the *Charter*. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted. 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.

There is no doubt that the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit. But in my view those 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. In my view 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. Attempts to qualify prosecutorial immunity in the United States by the so-called functional approach and its many variations have proven to be unsuccessful and unprincipled as I have previously

droits garantis par la *Charte* de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir une réparation juste et convenable sous la forme de dommages-intérêts.

^a III. Conclusion

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. Pour les raisons déjà exposées, j'estime qu'une immunité absolue pour le procureur général et ses mandataires, les procureurs de la Couronne, n'est pas justifiée par l'intérêt public. Il ne faut pas oublier que l'immunité absolue entraîne la négation d'un droit privé d'action et, dans certains cas, pourrait rendre impossible un recours fondé sur la *Charte*. L'existence d'une immunité absolue menace donc les droits individuels de citoyens poursuivis à tort et abusivement. 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.

^g Il ne fait pas de doute que les considérations d'intérêt public invoquées en faveur de l'immunité absolue ont une certaine légitimité. J'estime toutefois que 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. À mon avis, la difficulté à faire la preuve de poursuites abusives ainsi que les mécanismes qui permettent, dans le système de procédure civile, 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. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, les tentatives américaines de limiter l'immunité du poursuivant par le recours à ce

noted. As a result I conclude that the Attorney General and Crown Attorneys do not enjoy an absolute immunity in respect of suits for malicious prosecution. I would therefore dismiss the appeal as against the Crown, there being no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the question of the liability of the Crown and the Attorney General of the province in a suit for malicious prosecution arising out of the institution of criminal proceedings, charges of murder, brought against the appellant.

In March, 1981, the appellant, then a nurse at the Toronto Hospital for Sick Children, was charged with the murder of four infant patients. At the conclusion of her preliminary hearing, the Provincial Court Judge who conducted the proceedings discharged the appellant upon a finding of an absence of evidence: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. The appellant later commenced 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 the plaintiff, and that in so doing the Attorney General, the Crown Attorneys, and police were acting as agents for the Crown in right of Ontario. It was also alleged that in the prosecution the Attorney General and the Crown Attorneys were actuated by malice while acting as agents for the Crown. Proceedings were later discontinued against the police officers and the Crown Attorneys were not named as defendants. The Crown and the Attorney General remained the only defendants and are the respondents in this Court.

qu'on appelle l'approche fonctionnelle et aux nombreuses variantes de cette approche ont échoué et n'ont aucun fondement dans les principes. Je conclus en conséquence que le procureur général et les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue relativement aux actions pour poursuites abusives. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis par ailleurs d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne le procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée à la Cour suprême de l'Ontario pour qu'elle instruisse l'action intentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi pose la question de la responsabilité de la Couronne et du procureur général de la province dans une action pour poursuites abusives résultant des procédures criminelles engagées contre l'appelante relativement à des accusations de meurtre.

L'appelante était infirmière au Hospital for Sick Children de Toronto lorsqu'au mois de mars 1981, elle a été accusée du meurtre de quatre patients en bas âge. À l'issue de son enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale qui présidait l'audience l'a acquittée faute de preuve: (1982), 16 C.C.C. (3d) 97. L'appelante a par la suite intenté une action contre la Couronne du chef de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario ainsi que plusieurs policiers, alléguant que le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, avaient conseillé à la police de porter des accusations contre la demanderesse et l'avaient aidée et encouragée à le faire et à engager contre elle des poursuites, et que, ce faisant, le procureur général, les procureurs de la Couronne et la police agissaient au nom de la Couronne du chef de l'Ontario. Elle a également allégué que, dans la conduite des poursuites, le procureur général et les procureurs de la Couronne avaient agi avec malveillance en leur qualité de représentants de la Couronne. 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. La Couronne et le procureur général sont donc restés les seuls défendeurs à l'instance: ce sont les intimés devant cette Cour.

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 the same on the return of the motion. Rule 124 and Rule 126 are set out hereunder:

124. Either party is entitled to raise by his pleadings any point of law, and by consent of the parties or by leave of a judge, the point of law may be set down for hearing at any time before the trial, otherwise it shall be disposed of at the trial.

126. A judge may order any pleading to be struck out on the ground that it discloses no reasonable cause of action or answer, and in any such case, or in case of the action or defence being shown to be frivolous or vexatious, may order the action to be stayed or dismissed, or judgment to be entered accordingly.

The question of law for which leave was sought was in these terms:

A defendant in a preliminary inquiry held under the provisions of the Criminal Code of Canada and discharged thereof has no cause of action based in malicious prosecution or negligence against the Crown Attorneys conducting such proceedings or as against those in law responsible for their conduct.

Fitzpatrick J., of the Supreme Court of Ontario, allowed the motion and struck out the statement of claim. In doing so, he seems to have acted under Rule 126. He concluded on the basis of two decisions of the Supreme Court of Ontario (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (Ont. H.C.), and *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (Ont. H.C.)), that the Attorney General for Ontario has an absolute immunity from civil action while performing his duties as a public prosecutor, even if he acted maliciously. He concluded that the immunity had not been removed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and allowed the motion and struck out the statement of claim.

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 les actes de procédure ne révélaient aucune cause raisonnable d'action. Subsidiairement, ils demandaient, en application de la règle 124, la tenue, d'une audition afin de faire valoir leur argumentation sur une question de droit soulevée dans les actes de procédure. Les règles 124 et 126 prévoient:

[TRADUCTION] **124.** Toute partie peut, dans un acte de procédure, soulever une question de droit et, avec le consentement des parties ou l'autorisation de la Cour, la question de droit ainsi soulevée peut faire l'objet d'une audition en tout temps avant l'instruction, sinon elle est décidée au cours de l'instruction.

126. Un juge peut ordonner la radiation de tout acte de procédure au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou réponse. En pareil cas ou dans le cas d'une action ou d'une défense jugée futile ou vexatoire, il peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

La question de droit faisant l'objet de la demande d'audition sur autorisation de la Cour était ainsi formulée:

[TRADUCTION] Un défendeur, libéré au terme d'une enquête préliminaire tenue en application des dispositions du Code criminel du Canada, n'a aucune cause d'action, fondée sur les poursuites abusives ou la négligence, à faire valoir à l'encontre des procureurs de la Couronne qui ont mené les poursuites ou ceux qui sont légalement responsables de leur conduite.

Le juge Fitzpatrick de la Cour suprême de l'Ontario a accueilli la requête et radié la déclaration, apparemment en vertu de la règle 126. S'appuyant sur deux arrêts de cette même cour (*Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 (H.C. Ont.), et *Richman v. McMurtry* (1983), 41 O.R. (2d) 559 (H.C. Ont.)), il a conclu que le procureur général de la province jouit d'une immunité absolue contre toute poursuite civile dans l'exercice de ses fonctions d'avocat du ministère public, et ce, même s'il a agi avec malveillance. Jugeant que cette immunité subsistait malgré la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a accueilli la requête et radié la déclaration.

An appeal was dismissed in the Ontario Court of Appeal: (1985), 51 O.R. (2d) 513. At the outset, Thorson J.A., speaking for the Court (Houlden, Thorson and Robins J.J.A.) said, at pp. 514-15:

This Court reserved its judgment on the appeal following lengthy argument on whether, as a matter of law, any action can be asserted against the Crown or the Attorney-General, or both, in the circumstances which are found to be present in this case. My conclusion is that as a matter of law it cannot, and that the plaintiff's appeal must therefore be dismissed. The reasons for this conclusion follow.

From the foregoing, it may be somewhat doubtful whether the Court of Appeal acted under Rule 124 or 126. The record, however, does not disclose any consent by the parties or any grant of leave for the hearing of the point of law under Rule 124. Furthermore, in answer to arguments raised in the Court of Appeal in this form, at p. 518:

At the outset of his submissions counsel for the appellant, Mr. Sopinka, contended that on an application to a judge under Rule 126 of the Rules of Practice, the judge hearing the application ought not to strike out a plaintiff's statement of claim unless he was persuaded that the claim could have no hope of succeeding, even if the facts alleged in the statement of claim were proved. In considering such an application, the facts must be taken to be as they are alleged in the statement of claim. Moreover, where the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be struck out under Rule 126, and where an allegation is made that an executive of ministerial act has been performed in bad faith or for an improper purpose, that issue should not be dealt with on a summary application under Rule 126 but should be left to be determined by the judge at trial. Similarly, where an issue arises as to whether any conduct is unconstitutional, it is important to have the kind of factual underpinning which is needed to determine that issue and which can only be brought out at a trial in the ordinary course.

Thorson J.A. said, at pp. 518-19:

With respect I cannot agree that Fitzpatrick J. erred in dealing with this application as one properly brought under Rule 126, albeit that the power conferred on a judge under that rule is one that ought to be used "sparingly", as noted by Dupont J. in *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96 at p.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté contre cette décision: (1985), 51 O.R. (2d) 513. Le juge Thorson, au nom de la cour (les juges Houlden, Thorson et Robins), déclare ceci, au début de ses motifs, aux pp. 514 et 515:

[TRADUCTION] Après avoir entendu la longue argumentation des parties, la présente cour a mis en délibéré la question de savoir si, en droit, on peut intenter une action contre la Couronne ou le procureur général, ou les deux, dans les circonstances de l'espèce. Je conclus qu'en droit on ne le peut pas et que l'appel de la demanderesse doit donc être rejeté. Voici quels sont les motifs de cette conclusion.

D'après ce qui précède, on peut se demander si la Cour d'appel s'est fondée sur la règle 124 ou sur la règle 126. Le dossier, cependant, ne révèle aucun consentement des parties ni aucune autorisation quant à l'audition de la question de droit, conformément à la règle 124. En outre, à la p. 518, la Cour d'appel fait ainsi état des arguments soulevés devant elle:

[TRADUCTION] Au début de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante, M^e Sopinka, a soutenu que, sur requête faite à un juge en vertu de la règle 126 des Rules of Practice, le juge présidant l'audition ne devrait radier une déclaration que s'il est persuadé que la demande n'a aucune chance de succès, même si les faits allégués sont prouvés. Dans l'examen d'une requête de cette nature, les faits allégués doivent donc être tenus pour avérés. De plus, lorsque la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée en vertu de la règle 126; et lorsqu'il est allégué qu'un acte ministériel ou de l'exécutif a été exécuté de mauvaise foi ou pour une fin illégitime, cette question ne devrait pas non plus être tranchée sur demande sommaire présentée en vertu de cette règle, mais être tranchée par le juge au procès. De même, lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère constitutionnel d'une conduite, il importe de régler la question à partir d'un fondement factuel qui ne peut se dégager que de l'audition normale de l'affaire.

Le juge Thorson fait la réponse suivante, aux pp. 518 et 519:

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis souscrire à l'argument selon lequel le juge Fitzpatrick a commis une erreur en statuant comme si la requête avait été faite à bon droit en vertu de la règle 126, encore que le pouvoir conféré aux termes de cette règle doive être utilisé «avec parcimonie», comme l'a souligné le juge Dupont dans

102. Nor can I agree with the assertion that merely because the statement of claim raises a "substantial issue of law" it ought not to be dealt with on an application under that rule. If the latter assertion were correct, it seems to me that the purpose of the rule would be largely defeated. That purpose, surely, is to make it possible for a person who has been named in an action to avoid having to go to the considerable trouble and expense of defending himself in court against a claim made in that action which has no reasonable expectation of succeeding against him, even if all the facts alleged are proved. If, in this case, the learned motions court judge had concluded that the Attorney-General, and thus by extension the Crown, did not enjoy an absolute immunity in law, it might well have been improper to decide the issue before him on an application under Rule 126 since in that event, and for the reasons explained by Linden J. in *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816 at p. 825, ... a "factual underpinning" for the claim would then have been necessary for its disposition, but where, as here, he concluded that the immunity was absolute, the same kind of factual underpinning was not needed, for even if the facts as alleged were proved the claim could not succeed. Accordingly, I find no error on the part of Fitzpatrick J. in acting on the application as one which could be properly considered and dealt with by him under Rule 126

Therefore, I will proceed on the basis that the Court of Appeal reached its determination by the application of Rule 126. In so doing, the court concluded that there existed an absolute immunity for the Crown and the Attorney General and the Crown Attorneys against suit for all acts done in relation to criminal proceedings, even though malice be shown. If this Court should hold that the immunity asserted for the Crown and the Attorney General is clearly absolute, the action would be at an end. If, however, it should conclude that the immunity is in any way limited or qualified or that its existence is doubtful, the matter would have to go to trial in the usual way, so that evidence could be heard on the matters of fact and the issues raised in order to provide a factual underpinning for the determination of any possible liability. In approaching the matter at this stage, it must be borne in mind that in proceedings under Rule 126 the facts alleged must be taken as true and this

l'arrêt *Owsley v. The Queen in right of Ontario* (1983), 34 C.P.C. 96, à la p. 102. Je ne puis davantage être en accord avec la prétention que pour la simple raison que la déclaration soulève une «importante question de droit», elle ne devrait pas être radiée à la suite d'une requête présentée en vertu de cette règle. Cette prétention serait-elle exacte qu'elle irait, à mon sens, largement à l'encontre de l'objet même de la règle. Cette dernière vise incontestablement à faire en sorte qu'une personne assignée en justice puisse éviter les ennuis et les frais considérables qu'entraîne l'obligation de se défendre contre une demande n'ayant aucune chance raisonnable de succès, à supposer même que tous les faits allégués soient prouvés. Si, en l'espèce, le juge des requêtes avait conclu que le procureur général, et par extension la Couronne, ne jouissaient pas d'une immunité absolue en droit, il aurait peut-être été inopportun de trancher la question dans le contexte d'une requête en vertu de la règle 126 puisque, dans ce cas, et pour les motifs qu'a énoncés le juge Linden dans l'arrêt *King v. Liquor Control Board of Ontario* (1981), 33 O.R. (2d) 816, à la p. 825, un «fondement factuel» aurait été nécessaire à l'examen de la demande; mais lorsque, comme en l'espèce, on conclut que l'immunité est absolue, un tel fondement factuel devient inutile puisque la demande n'a aucune chance de succès même en supposant prouvés tous les faits allégués. En conséquence, je ne puis conclure que le juge Fitzpatrick a commis une erreur en considérant que la requête pouvait être considérée et tranchée par lui en vertu de la règle 126 ...

Je poursuivrai donc en présumant que la Cour d'appel a rendu son jugement en appliquant la règle 126. Elle a ainsi conclu que la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissaient d'une immunité absolue pour tout acte, même malveillant, relatif à des poursuites criminelles. Si cette Cour devait statuer que l'immunité revendiquée au nom de la Couronne et du procureur général possède un caractère aussi manifestement absolu, l'action prendrait fin. Cependant, si elle devait conclure que cette immunité est, de quelque façon, limitée ou relative, ou que son existence même est douteuse, l'affaire devrait être renvoyée pour être instruite de la manière habituelle, afin que la preuve des faits et des points en litige puisse être présentée et que soit ainsi établi le fondement factuel nécessaire à l'examen de la responsabilité. À ce stade de l'analyse, il ne faut pas perdre de vue qu'aux fins d'une requête présentée en vertu de la règle 126, les faits allégués

motion must be disposed of on the basis that the Crown Attorneys and the Attorney General acted with malice in the initiation and conduct of these proceedings.

There are four necessary elements which must be proved for success in an action for malicious prosecution:

- A. The proceedings must have been initiated by the defendant.
- B. The proceedings must have terminated in favour of the plaintiff.
- C. The plaintiff must show that the proceedings were instituted without reasonable cause, and
- D. The defendant was actuated by malice.

This appeal must therefore be approached on the footing that all these elements are shown.

It was argued on behalf of the Crown that it enjoyed a complete immunity from liability for malicious prosecution, on the basis of a common law immunity of the Attorney General and the Crown Attorneys. Any liability on the part of the Crown arising from the conduct of its servants would be vicarious. Therefore, it was contended that because the common law accorded a full immunity to the Crown's servants, the Crown itself would not be liable. It was also contended that the Crown had an absolute immunity under the provisions of the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393 (the Act).

Any consideration of Crown liability must now be based upon the Act and I do not find it necessary for the purposes of this case to consider the common law position respecting Crown immunity. The purpose of the Act, clearly discernible from its form and structure, was to remove Crown immunities and place the Crown upon the same footing as any other person before the courts, save for the exceptions which are set out in the Act. The

doivent être tenus pour vrais et donc qu'il faut trancher la présente requête en partant de l'hypothèse que les procureurs de la Couronne et le procureur général ont agi avec malveillance en engageant et en menant les poursuites en cause.

Quatre éléments doivent être prouvés pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives:

- A. Les poursuites ont été engagées par le défendeur.
- B. Le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur.
- C. Le demandeur a établi que les poursuites ont été intentées sans motif raisonnable.
- D. Le défendeur a agi par malveillance.

C'est donc en présumant établie la présence de tous ces éléments qu'il nous faut aborder le présent pourvoi.

On prétend, au nom de la Couronne, que cette dernière jouit d'une immunité complète en matière de responsabilité pour poursuites abusives en raison de l'immunité reconnue en *common law* au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Or, toute responsabilité imputée à la Couronne en raison de la conduite de ses préposés relèverait de la responsabilité du fait d'autrui. Par conséquent, fait-on valoir, comme la *common law* accorde pleine immunité aux préposés de la Couronne, la responsabilité de la Couronne elle-même n'est pas engagée. On soutient également que la Couronne jouit d'une immunité absolue en vertu des dispositions de la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 393 (ci-après la Loi).

Tout examen de la responsabilité de la Couronne doit maintenant être fondé sur la Loi et, je ne crois pas qu'il soit nécessaire, pour les fins de l'espèce, de prendre en compte la position de la *common law* sur la question de l'immunité. L'objet de la Loi, tel qu'il ressort clairement de sa forme et de sa structure était de lever les immunités dont jouissait la Couronne et la placer sur un pied d'égalité avec toute autre personne devant les tri-

effective sections for this purpose are ss. 2 and 5. Section 2(2)(d) was relied upon by the Crown. It provides:

2. ...

(2) Nothing in this Act

(d) subjects the Crown to proceedings under this Act in respect of anything done in the due enforcement of the criminal law or of the penal provisions of any Act of the Legislature;

bunaux, sous réserve des exceptions expressément prévues. Les dispositions pertinentes à cet égard sont les art. 2 et 5. La Couronne a invoqué l'al. 2(2)d):

^a [TRADUCTION] 2. ...

(2) La présente loi n'a pas pour effet:

^b d) d'exposer la Couronne à une instance en application de la présente loi en raison de tout acte accompli dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions pénales d'une loi de la Législature;

It may be argued that commencing and conducting proceedings with malice against the object of the proceedings could not be considered as the "due" enforcement of the criminal law. But any opening in the wall of immunity found by the Court of Appeal would be, in my view, effectively closed by s. 5(6) of the Act, which provides:

5. ...

(6) No proceedings lie against the Crown under this section in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of judicial process.

Section 5 expresses the general rule which subjects the Crown to all liabilities in tort to which, if it were a person of full age and capacity, it would be subject. Subsections (2) to (5) provide interpretative guides while subs. (6), excepts from the general rule Crown liability "in respect of anything done or omitted to be done by a person, while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in him or responsibilities that he has in connection with the execution of the judicial process".

The claim asserted here depends upon the actions of the Crown Attorneys and the Attorney General, specifically the decision to prosecute the appellant for murder. The decision to prosecute is a judicial decision and is obviously vested in the Attorney General and executed on his behalf by his agents, the Crown Attorneys: see *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and*

^c On pourrait soutenir que le fait d'introduire des poursuites et d'en assumer la conduite dans une intention malveillante à l'égard du sujet poursuivi ne saurait constituer une application «légitime» du droit criminel. Mais toute brèche dans le mur de l'immunité reconnue par la Cour d'appel serait, à mon avis, colmatée hermétiquement par le par. 5(6) de la Loi, que voici:

[TRADUCTION] 5. ...

^e (6) Aucune instance ne peut être intentée contre la Couronne en vertu du présent article pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à l'exécution d'actes de procédure judiciaire.

^g L'article 5 énonce la règle générale selon laquelle la Couronne engage sa responsabilité délictuelle comme si elle était une personne majeure et capable. Les paragraphes (2) à (5) sont des règles d'interprétation tandis que le par. (6) précité prévoit une exception à la règle générale de la responsabilité «pour l'action ou l'omission d'une personne dans l'accomplissement réel ou présumé d'une charge de nature judiciaire dont elle est investie ou dont elle doit s'acquitter relativement à l'exécution d'actes de procédure judiciaire.»

^j L'immunité revendiquée en l'espèce vise les actes des procureurs de la Couronne et ceux du procureur général, en particulier la décision de poursuivre l'appelante pour meurtre. La décision d'intenter des poursuites est une décision de nature judiciaire qui incombe manifestement au procureur général et dont l'exécution relève des procureurs de la Couronne agissant en son nom: voir

Trade Marks, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) A.L. Smith L.J. said, at pp. 913-14:

I wish to say a word or two about the position of the Attorney-General, because in my judgment it is of importance in this case, and his position appears likely to be lost sight of. Everybody knows that he is the head of the English Bar. We know that he has had from the earliest times to perform high judicial functions which are left to his discretion to decide. For example, where a man who is tried for his life and convicted alleges that there is error on the record, he cannot take advantage of that error unless he obtains the fiat of the Attorney-General, and no Court in the kingdom has any controlling jurisdiction over him. That perhaps is the strongest case that can be put as to the position of the Attorney-General in exercising judicial functions. Another case in which the Attorney-General is pre-eminent is the power to enter a *nolle prosequi* in a criminal case. I do not say that when a case is before a judge a prosecutor may not ask the judge to allow the case to be withdrawn, and the judge may do so if he is satisfied that there is no case; but the Attorney-General alone has power to enter a *nolle prosequi*, and that power is not subject to any control. Another case is that of a criminal information at the suit of the Attorney-General—a practice which has, I am sorry to say, fallen into disuse. The issue of such an information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside. There are other cases to which I could refer to be found in old and in recent statutes, but I have said enough to shew the high judicial functions which the Attorney-General performs . . .

The Crown Attorneys and the Attorney General in deciding to prosecute the appellant would therefore come within s. 5(6) of the Act, and the Crown would have its statutory immunity despite any uncertainty which might arise because of an argument under s. 2(2)(d) of the Act, based on the concept of “due” enforcement of the criminal law. The Attorney General and his agents, whatever the motives underlying their conduct, were surely, in the words of s. 5(6), “discharging or purporting” to discharge responsibilities of a judicial nature. In my view, the Crown is rendered immune by the express terms of s. 5(6) of the Act from liability to the appellant.

The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks, [1899] 1 Q.B. 909 (C.A.) Voici ce qu'affirme lord juge A.L. Smith, aux pp. 913 et 914:

^a [TRADUCTION] Je voudrais dire quelques mots au sujet du statut du procureur général, question à mon avis importante en l'espèce et qui risque de passer inaperçue. Nul n'ignore que le procureur général est à la tête du barreau anglais. Chacun sait également que depuis les temps les plus reculés, il a été investi de hautes fonctions judiciaires dont l'exercice a été laissé à son pouvoir discrétionnaire. Ainsi, lorsqu'un accusé, condamné à la peine capitale, allègue qu'il y a erreur au dossier, il ne peut bénéficier de cette erreur à moins ^b d'obtenir l'autorisation du procureur général dont la décision ne peut être révisée par aucun tribunal du royaume. Voilà peut-être le cas le plus manifeste où le procureur général exerce des fonctions judiciaires. Autre exemple du rôle prééminent qu'il occupe: son pouvoir ^c d'ordonner l'arrêt des procédures par *nolle prosequi* dans une affaire criminelle. Certes, au procès, le poursuivant peut toujours demander le retrait de l'accusation et, le cas échéant, le juge rendra un non-lieu; mais c'est au procureur général seul qu'il appartient d'ordonner l'arrêt ^d des procédures par *nolle prosequi* et ce pouvoir n'est assujéti à aucun contrôle. On peut également songer à la dénonciation criminelle à l'initiative du procureur général—pratique qui, je regrette de le dire, est tombée en désuétude. Encore ici, le dépôt d'une telle dénonciation relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l'annuler. Je pourrais évoquer d'autres exemples tirés des lois anciennes et récentes, mais ce qui précède témoigne amplement des hautes fonctions judiciaires qu'exerce le procureur général . . . ^e

Ainsi, la décision par les procureurs de la Couronne et le procureur général de poursuivre l'appelante, relèverait du par. 5(6) de la Loi et la Couronne bénéficierait de l'immunité légale, malgré toute incertitude que pourrait faire naître l'argument fondé sur la notion d'application «légitime» du droit criminel, selon la formule utilisée à l'al. 2(2)(d). Quels que soient en effet les motifs à l'origine de leur conduite, le procureur général et ses représentants se trouvaient indéniablement, aux termes du par. 5(6) «dans l'accomplissement réel ou présumé» d'une charge de nature judiciaire. À mon avis, le par. 5(6) confère expressément à la Couronne, une immunité à l'égard de toute responsabilité envers l'appelante. ^f

The fact of Crown immunity in this case does not necessarily mean that a similar immunity for the Attorney General and his agents follows. Any immunity that they might enjoy must find its own independent footing and the fact that the Act extends an immunity to the Crown in this case, therefore, cannot be understood as conferring or evidencing an immunity for the Attorney General and the Crown Attorneys. This point was made by Hart J.A. in the case of *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (N.S.C.A.), where he held that, while the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, at p. 107, might absolve the provincial Crown from liability, a Crown servant, in that case a residential tenancy officer, could still be personally liable for misconduct:

It seems to me that we are dealing here, once again, with the immunity of the Crown and not that of a tortfeasor.

It has been pointed out that the *Proceedings Against the Crown Act* was passed to give citizens the right to sue the Crown for the tortious acts of its officers and servants. The Act also prevents suits against the Crown for acts of its officers or servants carried out in the due enforcement of valid legislation. The Act was not designed, however, to protect the officers and servants of the Crown personally from actions arising out of torts committed by them against members of the public, whether during the course of their employment or not, which were not done solely for the due enforcement of the criminal law or the provisions of any act of the Legislature

What then is the nature of the immunity, if any, enjoyed by the Attorney General at common law?

There is clear authority in the jurisprudence of most common law, and some civil law, jurisdictions for the proposition that public officers and officials discharging or purporting to discharge the duties and powers of their offices may be personally liable in damages for wrongful conduct. The leading case in Canada on this point is *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The facts are well known. Roncarelli was a restaurant owner in

Le fait qu'il y ait immunité en faveur de la Couronne en l'espèce ne signifie pas nécessairement que le procureur général et ses représentants jouissent d'une immunité semblable. La protection dont ils pourraient bénéficier doit reposer sur un fondement indépendant et on ne saurait par conséquent interpréter l'immunité que la Loi confère à la Couronne dans la présente affaire comme conférant une immunité au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Le juge Hart de la Cour d'appel a apporté cette précision dans l'arrêt *Curry v. Dargie* (1984), 28 C.C.L.T. 93 (C.A.N.-É.) où il a conclu, à la p. 107, que même si la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, pouvait dégager la Couronne provinciale de toute responsabilité, un préposé de la Couronne, en l'occurrence un fonctionnaire de la commission à la location résidentielle, pouvait encore être tenu personnellement responsable de son inconduite:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il s'agit, là encore, de l'immunité de la Couronne, et non de celle de l'auteur du délit.

On a souligné que la *Proceedings Against the Crown Act* avait été adoptée afin d'accorder aux citoyens le droit de poursuivre la Couronne pour les actes délictueux commis par ses préposés ou fonctionnaires. Cette loi empêche aussi toute poursuite contre la Couronne pour les actes accomplis par ces derniers dans l'application légitime de lois valides. Elle ne vise cependant pas à protéger personnellement les préposés et fonctionnaires de la Couronne contre les recours résultant des délits civils qu'ils ont commis contre des membres du public, dans l'exercice ou non de leur emploi, mais non uniquement dans l'application légitime du droit criminel ou des dispositions d'une loi de la Législature . . .

Quelle est donc la nature de l'immunité que pourrait avoir le procureur général en vertu de la *common law*?

Dans la plupart des juridictions de *common law* et dans certaines juridictions de droit civil, il est largement reconnu par la jurisprudence et la doctrine que les fonctionnaires peuvent, dans l'accomplissement réel ou présumé des fonctions qui leur sont conférées, avoir à répondre personnellement de leur inconduite. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Les faits en sont bien connus. Propriété-

Quebec. He was a member of a religious group, the Jehovah's Witnesses, and he supported their cause financially and in assisting members of the group who from time to time ran afoul of the law. Duplessis was the Premier of Quebec and, as well, Attorney General of the province. The policy of the Government was opposed to the Jehovah's Witnesses and Duplessis sought to eliminate Roncarelli as an opponent in his efforts to curb the Jehovah's Witnesses. He ordered the General Director of the Quebec Liquor Commission, which had the legislative authority to "grant, refuse or cancel permits for the sale of alcoholic liquors", to revoke Roncarelli's liquor licence and to forever bar him from obtaining another. This ruined his business and he brought action for damages against Duplessis for the wrongful revocation of his licence and the prohibition against his obtaining a further licence. A majority in this Court held that Duplessis was liable. The judgment of Rand J. (with whom Judson J. concurred) has been regarded as the leading judgment in the case. He saw the issue in these terms, at p. 137:

In these circumstances, when the *de facto* power of the Executive over its appointees at will to such a statutory public function is exercised deliberately and intentionally to destroy the vital business interests of a citizen, is there legal redress by him against the person so acting?

He concluded that there was legal redress in the form of damages. He expressed the view that there existed a general presumption in legislation and regulation that powers given by the legislation will be exercised in good faith and without improper motives. At page 140, he said:

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

taire d'un restaurant au Québec, Roncarelli était membre de la secte religieuse des Témoins de Jéhovah; il appuyait financièrement cette cause et portait secours aux membres de la secte ayant à l'occasion maille à partir avec la justice. Premier ministre de la province de Québec, Duplessis en était également le procureur général. Son gouvernement était opposé aux Témoins de Jéhovah et Duplessis cherchait à empêcher Roncarelli de résister aux campagnes visant à limiter l'influence des Témoins de Jéhovah. C'est ainsi qu'il ordonna au directeur général de la Commission des liqueurs du Québec, investi de l'autorité législative d'octroyer, refuser [et] annuler tout permis de vente de liqueurs alcooliques», de révoquer le permis de Roncarelli et de lui interdire à jamais d'en obtenir un autre. Ruiné, Roncarelli poursuivit Duplessis en dommages-intérêts pour la révocation injustifiée de son permis et la prohibition dont il était l'objet. Cette Cour a conclu à la majorité à la responsabilité de Duplessis. Le jugement du juge Rand, auquel a souscrit le juge Judson, est considéré comme faisant autorité dans cette affaire. Voici en quels termes il a posé la question en litige (à la p. 137):

[TRADUCTION] Lorsque le pouvoir exécutif, délibérément et intentionnellement, dans ces conditions, exerce le pouvoir de fait qu'il possède sur les personnes qu'il nomme selon son bon vouloir à une fonction publique pour détruire les intérêts commerciaux vitaux d'un citoyen, celui-ci peut-il prétendre, en droit, exiger réparation de la personne qui agit ainsi?

Le juge Rand a conclu qu'il y avait lieu à réparation en justice sous forme de dommages-intérêts. À son avis, toute loi ou réglementation comporte une présomption générale selon laquelle les pouvoirs conférés seront exercés de bonne foi et à des fins légitimes. Il affirme, à la p. 140:

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discretion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et étranger soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. La fraude et la corruption au sein de la commission ne sont peut-être pas mention-

in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption.

In this context, it should be noted that in commencing and prosecuting criminal offences the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, are exercising statutory powers: see *Ministry of the Attorney General Act*, R.S.O. 1980, c. 271; *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1980, c. 107; and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 504. Rand J. was also of the view that the acts shown to have been done by the respondent put him beyond the protection of any immunity which could attach to his office. He added, at pp. 141-42:

The act of the respondent [Duplessis] through the instrumentality of the Commission brought about a breach of an implied public statutory duty toward the appellant; it was a gross abuse of legal power expressly intended to punish him for an act wholly irrelevant to the statute, a punishment which inflicted on him, as it was intended to do, the destruction of his economic life as a restaurant keeper within the province. Whatever may be the immunity of the Commission or its member from an action for damages, there is none in the respondent. He was under no duty in relation to the appellant and his act was an intrusion upon the functions of a statutory body. The injury done by him was a fault engaging liability within the principles of the underlying public law of Quebec: *Mostyn v. Fabrigas*, and under art. 1053 of the *Civil Code*. That, in the presence of expanding administrative regulation of economic activities, such a step and its consequences are to be suffered by the victim without recourse or remedy, that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.

nées dans des lois de ce genre, mais ce sont des exceptions que l'on doit toujours sous-entendre. La «discretion» implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption.

Dans ce contexte, soulignons qu'en engageant des poursuites criminelles, le procureur général et ses représentants, les procureurs de la Couronne, exercent des pouvoirs qui découlent de la loi: voir la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1980, chap. 271, la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1980, chap. 107, ainsi que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 504. Le juge Rand a également exprimé l'avis qu'en raison des actes dont la preuve avait été faite, l'intimé avait perdu le bénéfice de toute immunité susceptible de s'attacher à sa fonction. Il ajoute, aux pp. 141 et 142:

[TRADUCTION] La manière d'agir de l'intimé [Duplessis], par l'intermédiaire de la Commission, revenait à la violation d'un devoir public statuaire et tacite vis-à-vis de l'appellant: elle constituait un abus flagrant d'un pouvoir donné par la loi, dont le but exprès était de le punir à raison d'un acte tout à fait étranger à cette loi, de lui infliger une punition dont le résultat a été, comme on l'avait voulu, de détruire sa vie économique de restaurateur dans la province. Aussi à l'abri que soit la Commission ou celui qui en était membre d'une action en dommages-intérêts, il ne saurait en être de même de l'intimé. Il n'était soumis à aucun devoir en ce qui concerne l'appellant et son acte constituait une immixtion dans les fonctions d'un organisme statuaire. Le préjudice qu'il a causé était le résultat d'une faute engageant sa responsabilité, conformément aux principes de base du droit public du Québec (voir l'arrêt *Mostyn c. Fabrigas*, et conformément à l'article 1053 du *Code civil*. Le fait qu'en présence d'une réglementation administrative de plus en plus grande des activités économiques, la victime d'une telle mesure subisse celle-ci et ses conséquences sans aucun recours ni aucune réparation, et le fait que les sympathies et les antipathies arbitraires, de même que les visées non pertinentes d'officiers publics qui agissent en excédant leurs pouvoirs, puissent dicter leurs actions et remplacer une administration établie par la loi, voilà le signe avant-coureur de la désintégration du principe de légalité comme un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle.

It will be observed that Duplessis in the *Roncarelli* case purported to act not only as the Premier of Quebec but also as the Attorney General. It would appear to be clear from the majority judgments in *Roncarelli* that the principle that public officers of the highest rank in Canada who exercise the powers of their office in excess or in abuse of those powers will be liable in damages for injuries resulting. This principle has been well founded in English authority: see *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, where the Governor of Minorca was held to be liable in damages in a civil action for false imprisonment of a native Minorcan. Lord Mansfield rejected the Governor's claim for immunity at p. 175 Cowp., p. 1029 E.R.:

Therefore to lay down in an English Court of Justice such a monstrous proposition, as that a governor acting by virtue of letters patent under the Great Seal, is accountable only to God, and his own conscience; that he is absolutely despotic, and can spoil, plunder, and affect His Majesty's subjects, both in their liberty and property, with impunity, is a doctrine that cannot be maintained.

See, as well, *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

Another case expressing the same or a similar proposition is *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (P.C.) In that case, a licensing authority had refused a licence for the operation of a cinema and the appellant brought action alleging a malicious refusal of licence. The action was struck out in a pre-trial motion and the Court of Appeal of Ceylon supported the respondent. In the judicial committee, Viscount Radcliffe expressed the view that the case was not one which should have been the subject of a pre-trial disposition, and said, at p. 582:

Since then [1907] the English courts have had to give much consideration to the general question of the rights of the individual dependent on the exercise of statutory powers by a public authority.... In their lordships' opinion it would not be correct today to treat it as establishing any wide general principle in this field: certainly it would not be correct to treat it as sufficient to found the proposition, as asserted here, that an applicant for a statutory licence can in no circumstances have a right to damages if there has been a malicious misuse

On soulignera que dans l'affaire *Roncarelli*, Duplessis n'agissait pas seulement à titre de premier ministre du Québec, mais également en sa qualité de procureur général. Il semble ressortir clairement des opinions majoritaires dans *Roncarelli* qu'en principe, les fonctionnaires de très haut rang au Canada qui excèdent leurs pouvoirs ou en abusent seront tenus à des dommages-intérêts pour le préjudice causé. Ce principe est bien établi dans la jurisprudence anglaise: voir *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 Cowp. 161, 98 E.R. 1021, où le gouverneur de Minorque, poursuivi au civil pour la séquestration d'un habitant de l'île, a été tenu à des dommages-intérêts. Lord Mansfield a rejeté en ces termes la prétention du gouverneur à l'immunité, à la p. 175 Cowp., à la p. 1029 E.R.:

[TRADUCTION] En conséquence, on ne saurait soutenir devant une cour de justice anglaise la proposition monstrueuse selon laquelle un gouverneur, agissant en vertu de lettres patentes délivrées sous le grand sceau, n'est redevable qu'à Dieu et à sa conscience et qu'en véritable despote il peut, en toute impunité, piller et dépouiller les sujets de Sa Majesté, tant dans leurs biens que dans leur liberté.

Voir également l'arrêt *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.

On retrouve un principe identique ou similaire dans l'arrêt *Asoka Kumar David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All E.R. 579 (C.P.) Dans cette affaire, un organisme responsable de l'émission de permis avait refusé à l'appelant un permis pour l'exploitation d'un cinéma et ce dernier avait intenté une action où il alléguait l'intention malveillante. L'action avait été radiée sur exception préliminaire et la Cour d'appel de Ceylan avait statué en faveur de l'intimé. Au Comité judiciaire, le vicomte Radcliffe a exprimé l'avis que cette affaire n'aurait pas dû être tranchée sur requête préliminaire. Il affirme, à la p. 582:

[TRADUCTION] Depuis lors [1907], les tribunaux anglais ont été fréquemment appelés à examiner la question générale des droits du particulier face à l'exercice, par une administration publique, des pouvoirs que la loi lui confère [...]. De l'avis de leurs Seigneuries, il n'y a pas lieu de reconnaître aujourd'hui, en ce domaine, l'existence d'une règle générale; il ne convient pas davantage d'y voir la confirmation de la proposition, avancée en l'espèce, que celui qui demande un permis n'a, en aucune circonstance, le droit d'obtenir réparation

of the statutory power to grant the licence. Much must turn in such cases on what may prove to be the facts of the alleged misuse and in what the malice is found to consist. The presence of spite or ill-will may be insufficient in itself to render actionable a decision which has been based on unexceptionable grounds of consideration and has not been vitiated by the badness of the motive. But a "malicious" misuse of authority, such as is pleaded by the appellant in his plaint, may cover a set of circumstances which go beyond the mere presence of ill-will, and in their lordships' view it is only after the facts of malice relied on by a plaintiff have been properly ascertained that it is possible to say in a case of this sort whether or not there has been any actionable breach of duty.

It would appear on the basis of the authorities cited that in general terms public officers are entitled to no special immunities or privileges when they act beyond the powers which are accorded to them by law in their official capacities. It would follow, then, that where a public officer, a servant of the Crown, exceeds the powers of his office or acts improperly in fraud of his duties and powers, or acts with malice in the discharge of his duties, he does not have immunity from civil suit and where, by reason of such excess of power or improper motive, he causes damage he may be civilly liable in damages. This, indeed, seems clear as far at least as it may concern public servants who act in administrative capacities. However, the question before us involves a consideration of the position of the Attorney General, acting in his capacity as the chief law officer of the Crown concerned with the commencement and prosecution of criminal proceedings against accused persons.

The Court of Appeal, as has been said, found an absolute immunity from civil liability on the part of the Attorney General and the Crown Attorneys, and in reaching this conclusion they placed special emphasis on *Owsley v. The Queen in right of Ontario* and *Richman v. McMurtry*, *supra*, in the Ontario High Court and, as well, on *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976). They formed the view that the absolute immunity was a clearly established feature of the common law. This issue has been considered in many Canadian cases in recent years: see *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), *per* Gray J., affirmed

s'il y a eu exercice malveillant et abusif du pouvoir légal d'émettre le permis. En pareils cas, tout dépendra de la preuve des faits allégués quant à l'exercice abusif et l'intention malveillante. Il se peut que la présence de rancune et de mauvais vouloir ne suffise pas, en soi, à donner ouverture à une poursuite contre une décision dont les motifs par ailleurs irréprochables n'auraient pas été viciés par la méchanceté de l'intention. Toutefois, l'abus «malveillant» qu'invoque l'appelant en l'espèce peut englober un éventail de circonstances allant au-delà du simple mauvais vouloir. De l'avis de leurs Seigneuries, ce n'est qu'une fois établis les faits allégués par le demandeur quant à la malveillance qu'il est possible de déterminer si, dans un cas semblable, il y a ouverture à une action pour violation d'une obligation.

Il semble se dégager de la jurisprudence précitée que, de façon générale, les fonctionnaires ne bénéficient d'aucune immunité ni d'aucun privilège particuliers lorsqu'ils excèdent les pouvoirs dont ils sont investis à titre officiel. Cela signifierait que lorsqu'un fonctionnaire, préposé de la Couronne, excède les pouvoirs de sa charge ou agit en violation de ses obligations et attributions ou encore fait preuve de malveillance dans l'exercice de ses fonctions, il n'est pas à l'abri d'une poursuite en matière civile et peut avoir à répondre de dommages causés par l'excès de pouvoir ou en raison du motif illégitime. Ce principe semble clair, du moins dans le cas de fonctionnaires agissant en leur qualité administrative. Cependant, la question dont nous sommes saisis en l'espèce nécessite l'examen du statut du procureur général agissant à titre de conseiller juridique principal de la Couronne, chargé d'engager et de mener des poursuites criminelles.

La Cour d'appel, rappelons-le, a jugé que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue en matière de responsabilité civile. S'appuyant en particulier sur les arrêts *Owsley v. The Queen in right of Ontario* et *Richman v. McMurtry*, précités, de la Haute Cour de l'Ontario, ainsi que sur l'arrêt *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), la cour est arrivée à la conclusion que l'immunité absolue était indéniablement reconnue en *common law*. Cette question a été abordée dans plusieurs arrêts canadiens récents: voir *Unterreiner v. Wilson* (1982), 40 O.R. (2d) 197 (H.C.), le juge Gray, confirmé

(1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario*, *supra*; *Richman v. McMurtry*, *supra*; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), *per* Pennell J.; *Curry v. Dargie*, *supra*; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.); and *Levesque v. Picard* (1985), 66 N.B.R. (2d) 87 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted May 22, 1986, [1986] 1 S.C.R. x, notice of discontinuance filed January 7, 1987, [1987] 1 S.C.R. x.

These cases do not offer complete support for the position taken in the Court of Appeal. The cases decided in the Ontario courts, which are noted above, reach the conclusion that the prosecutorial immunity is absolute. In reaching a similar conclusion in the case at bar, Thorson J.A. relied extensively on American authority with particular emphasis on the judgments of Learned Hand J. in *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), and of Powell and White JJ., of the U.S. Supreme Court, in *Imbler v. Pachtman*, *supra*. These cases adopt the view that the social need to have prosecutors who are charged with the prosecution of criminal cases freed from the threat of civil action, so that they may fearlessly and objectively conduct the prosecutions justifies the adoption of the absolute rule. Powell J. in *Pachtman*, *supra*, at p. 428, expressed agreement with the words of Learned Hand J. in *Gregoire*, *supra*, at p. 581, where he said:

As is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative. In this instance it has been thought in the end better to leave unredressed the wrongs done by dishonest officers than to subject those who try to do their duty to the constant dread of retaliation . . .

But the position respecting prosecutorial immunity is not unanimous. Other courts in other jurisdictions have indicated that they would not necessarily extend absolute immunity to those executing prosecutorial functions. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the plaintiff had been acquitted of a criminal charge and sought damages for malicious

par (1983), 41 O.R. (2d) 472 (C.A.); *Owsley v. The Queen in right of Ontario*, précité; *Richman v. McMurtry*, précité; *Bosada v. Pinos* (1984), 44 O.R. (2d) 789 (H.C.), le juge Pennell; *Curry v. Dargie*, précité; *German v. Major* (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 270 (C.A.) et *Levesque v. Picard* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 87 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée le 22 mai 1986, [1986] 1 R.C.S. x, avis de désistement produit le 7 janvier 1987, [1987] 1 R.C.S. x.

Ces arrêts n'appuient pas entièrement la position adoptée par la Cour d'appel en l'espèce. Les arrêts précités rendus par les tribunaux ontariens, ont conclu au caractère absolu de l'immunité du poursuivant. En tirant une conclusion similaire en l'espèce, le juge Thorson de la Cour d'appel s'est largement fondé sur la jurisprudence américaine, mettant particulièrement en relief les jugements du juge Learned Hand dans *Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), ainsi que des juges Powell et White de la Cour suprême des États-Unis, dans *Imbler v. Pachtman*, précité. On retrouve dans ces décisions l'idée que l'adoption d'une règle aussi absolue est justifiée par un impératif social: celui de mettre les personnes chargées d'intenter des poursuites criminelles à l'abri de la menace de recours civils, afin qu'elles puissent exercer leurs fonctions sans crainte et en toute objectivité. Dans l'arrêt *Pachtman*, précité, à la p. 428, le juge Powell s'est dit en accord avec les propos que tenait le juge Learned Hand dans l'arrêt *Gregoire*, précité, à la p. 581.

[TRADUCTION] Comme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables. En l'espèce, on a finalement jugé préférable de laisser sans recours les fautes que peuvent commettre des fonctionnaires malhonnêtes plutôt que d'exposer ceux qui s'efforcent d'accomplir leur devoir à la menace constante de représailles . . .

Il n'y a pas unanimité, cependant, en ce qui concerne l'immunité de la poursuite. Ainsi, dans d'autres juridictions, des tribunaux ont indiqué qu'ils ne seraient pas nécessairement disposés à accorder l'immunité absolue à ceux qui exercent des fonctions en matière de poursuites. Dans l'affaire *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), le demandeur,

prosecution against the Director of Public Prosecutions. I observe, that in respect of the institution of prosecutions against individuals, the Director of Public Prosecutions is effectively performing the same function as a Canadian provincial Attorney General. In that case, although Stephenson L.J. held that the material before the Court disclosed that there had been a basis in evidence for the plaintiff's prosecution and that there was no cause of action disclosed by the statement of claim, he rejected the proposition that the Director of Public Prosecutions could never be found liable for malicious prosecution. He said, at p. 941:

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying that the existence of the Attorney-General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted. But that case is, as it seems to me, many miles from this one. There is nothing in the judgment of the Court of Criminal Appeal in this particular case which lends any support to the view that there was no case for the plaintiff to answer; and I cannot find in anything that he has said to us or in any document that has been put before us anything to suggest that there was in existence material showing that there was no basis in evidence for a prosecution of him on the conspiracy charge or on any of the three substantive charges which he had to meet at the Suffolk Assizes. In those circumstances, as it seems to me, he has failed to show that the defendant put the facts unfairly before prosecuting counsel, that there was anything like a lack of reasonable or probable cause, or malice, on the defendant's part or that there is any possibility of such material being produced.

In Canada, decisions in the Alberta and Nova Scotia courts cast doubt on the existence of the complete immunity. In *German v. Major*, *supra*, the plaintiff had been prosecuted under the *Income Tax Act*. The trial judge acquitted on the basis of

acquitté de l'accusation criminelle portée contre lui, avait intenté contre l'avocat général un recours en responsabilité pour poursuites abusives. Soulignons qu'en ce qui concerne les poursuites contre les particuliers, l'avocat général remplit, en fait, la même fonction que le procureur général d'une province canadienne. Dans cette affaire, bien que le lord juge Stephenson ait conclu que les documents déposés devant la cour démontraient que la poursuite intentée contre le demandeur reposait effectivement sur des éléments de preuve et que la déclaration ne révélait aucune cause d'action, il n'en a pas moins écarté la proposition selon laquelle l'avocat général ne pourrait jamais être tenu responsable de poursuites abusives. Il déclare ainsi, à la p. 941:

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation. Mais, à mon avis, nous sommes à cent lieues en l'espèce d'une telle hypothèse. Rien dans le jugement de la section criminelle de la Cour d'appel ne permet d'affirmer qu'il n'y avait aucune preuve contre le demandeur. Je ne puis non plus trouver dans les déclarations de ce dernier ni dans les documents qui nous ont été présentés la preuve que les poursuites dont il a été l'objet, que ce soit sous l'accusation de complot ou sous les trois accusations de fond auxquelles il devait répondre aux assises du Suffolk, étaient sans fondement. Dans les circonstances, il me semble qu'il n'a pas été établi que le défendeur a déloyalement présenté les faits à l'avocat de la poursuite, ni qu'il n'existait pas de motif raisonnable ou probable, ni qu'il y a eu conduite malveillante, ni non plus qu'il y ait quelque possibilité de faire la preuve de telles allégations.

Au Canada, certaines décisions rendues par les tribunaux de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse jettent un doute sur l'existence de l'immunité absolue. Dans l'arrêt *German v. Major*, précité, le demandeur avait été poursuivi en vertu de la *Loi*

a doubt as to guilt and the defendant taxpayer then sued the prosecutor for malicious prosecution. Though Kerans, J.A. considered that the material before the court disclosed that the plaintiff's case was "doomed beyond doubt to fail", for absence of proof of malice, and because there were reasonable grounds for the prosecution he also considered that the prosecutor's immunity to prosecution was not absolute. In the closing paragraph of his judgment, at p. 286, he said:

Counsel for the Attorney General who acts as his agent in the prosecution of a criminal case is not accountable in civil proceedings to the accused except possibly to the extent that it is alleged against him that he has not acted in good faith, and to that extent the allegation falls within the nominative tort of malicious prosecution, and that cause of action has been dealt with [see p. 282]. I would therefore strike those portions of the statement of claim which deal with the remaining claims by German against Major. [Emphasis added.]

It would follow that had the prosecutor proceeded solely or principally on an improper motive: for example, malice, then coming within Kerans J.A.'s conception there would be no immunity against malicious prosecution. In *Curry v. Dargie, supra*, it was held that a residential tenancy officer who had instituted proceedings against a tenant could not claim an absolute prosecutorial immunity. Relying in part on the earlier case of *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (S.C.T.D.), where Gillis J. refused to strike out a personal claim against the provincial Minister of Agriculture, Hart J.A. explained that he was not willing to go as far as the Ontario cases had gone in extending prosecutorial immunity. Although he distinguished the case before him from a case where the Attorney General or a Crown Attorney had instituted a prosecution, he made it clear that he was not deciding the issue as to the immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. He said, at p. 110:

I am not prepared to go as far as Galligan J. [in *Richman, supra*] in holding that an officer of the Crown cannot be liable for a proceeding commenced malicious-

de l'impôt sur le revenu. Acquitté en raison d'un doute sur sa culpabilité, le défendeur contribuable a alors intenté contre le poursuivant un recours pour poursuites abusives. Bien que le juge Kerans de la Cour d'appel ait estimé que, d'après la preuve au dossier, l'action du demandeur devait certainement échouer puisque l'intention malveillante n'avait pas été établie et que les poursuites reposaient sur des motifs raisonnables, il n'en a pas moins considéré que l'immunité du poursuivant n'était pas absolue. Voici ce qu'il déclare dans le paragraphe final de son jugement, à la p. 286:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général, qui agit au nom de ce dernier dans des poursuites criminelles, n'est pas comptable à l'accusé dans un recours civil, sauf peut-être dans la mesure où il y a allégation de mauvaise foi dans l'exercice de ses fonctions, savoir l'équivalent du délit civil nommé de poursuites abusives, cause d'action dont nous avons traité [voir la p. 282, ci-dessus]. Je suis en conséquence d'avis de radier les parties de la déclaration ayant trait aux autres demandes que fait valoir German contre Major. [Je souligne.]

Ainsi, le poursuivant aurait-il agi uniquement ou principalement pour un motif illégitime, telle la malveillance, qu'il n'aurait pu bénéficier, suivant le raisonnement du juge Kerans, d'aucune immunité contre un recours pour poursuites abusives. Dans l'arrêt *Curry v. Dargie*, précité, on a conclu qu'un fonctionnaire de la commission de location résidentielle qui avait engagé une poursuite contre un locataire ne pouvait prétendre à une immunité absolue. Se fondant en partie sur l'arrêt antérieur *Warne v. Province of Nova Scotia* (1969), 1 N.S.R. (2d) 27 (C.S.D.P.I.), où le juge Gillis avait refusé de radier un recours dirigé personnellement contre le ministre provincial de l'Agriculture, le juge Hart de la Cour d'appel a expliqué qu'il n'était pas disposé à aller aussi loin que les arrêts ontariens dans l'extension de la portée de l'immunité rattachée à la poursuite. Quoiqu'il ait établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et le cas où la poursuite est engagée par le procureur général ou un procureur de la Couronne, il a précisé qu'il ne tranchait pas la question de l'immunité des procureurs généraux ni des procureurs de la Couronne. Il dit ceci à la p. 110:

[TRADUCTION] Je ne suis pas prêt à aller aussi loin que le juge Galligan [dans l'arrêt *Richman*, précité] en statuant qu'un fonctionnaire de la Couronne ne peut être

ly, but it is not necessary to consider that issue at the moment. I do not believe that in the case at Bar it can be said that the respondent in laying the information against the appellant was in fact carrying out a judicial function similar to those carried out by Attorneys General and prosecutors. An information can be laid by any person and there is no obligation under the Residential Tenancies Act requiring that it be laid by the respondent. Surely a person who undertakes to swear that she has reasonable and probable cause to believe that an offence has been committed must take personal responsibility for the results of that act and cannot simply say that she was merely following instructions of her superiors. Nor can it be said that she was by her act enforcing the criminal law or the provisions of any statute. She was simply setting in motion the forces of the justice system which would enable the persons charged with its administration to perform their duties. She was in no different position from the police informant or other person who lays an information in a criminal case without reasonable and probable cause for believing that the offence had been committed and with some malicious intent. Such a person is always liable to an action for malicious prosecution. [Emphasis added.]

The basis upon which Hart J.A. draws the distinction between the residential tenancy officer and the Attorney General, and which erases any doubt as to the non-existence of an immunity for the residential tenancy officer, is the fact that the Attorney General exercises a "judicial function" in commencing a prosecution, whereas the residential tenancy officer does not. I have already referred to the "judicial" nature of the Attorney General's decision to prosecute: see the discussion of *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, *supra*. But can it be said that the mere fact of the Attorney General's decision being "judicial" confers an absolute immunity? I do not think the law is decided on this point.

The "judicial" nature of the Attorney General's decision to prosecute does not in any way render him a "court", that is, an adjudicative entity. See on this point, *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), where Lord Esher, M.R., said, at p. 27:

tenu responsable d'une poursuite engagée avec malveillance, encore qu'il n'y ait pas lieu d'examiner cette question pour le moment. En l'espèce, je ne crois pas qu'on puisse dire qu'en faisant une dénonciation contre l'appellant, l'intimée exerçait dans les faits une fonction judiciaire analogue à celle qu'exercent les procureurs généraux et les poursuivants. Toute personne peut faire une dénonciation et la Residential Tenancies Act n'avait pas pour effet d'imposer cette obligation à l'intimée. Certes, la personne qui affirme sous serment avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise doit assumer personnellement les conséquences de son acte: elle ne peut simplement se retrancher derrière les instructions de ses supérieurs. On ne peut affirmer non plus qu'elle appliquait le droit criminel ou les dispositions d'une loi alors qu'elle ne faisait en somme qu'actionner les rouages du système judiciaire pour permettre ainsi à ceux qui sont chargés de son administration d'exécuter leurs fonctions. Sa position n'était en rien différente de celle de l'indicateur ou de toute autre personne faisant une dénonciation dans un affaire criminelle sans motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction a été commise et avec quelque intention malveillante. Cette personne est toujours exposée à un recours pour poursuites abusives. [Je souligne.]

La distinction que fait le juge Hart entre le fonctionnaire de la commission de location résidentielle et le procureur général—distinction qui ne laisse aucun doute sur l'inexistence d'une immunité pour le premier—repose sur le fait qu'en intentant des poursuites, le procureur général exerce, à la différence du fonctionnaire, une «fonction judiciaire». J'ai évoqué précédemment la nature «judiciaire» de la décision que prend le procureur général en engageant des poursuites: voir l'analyse de l'arrêt *The Queen v. Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, précité. Mais doit-on conclure que le simple fait que le procureur général prenne une décision «judiciaire» lui confère une immunité absolue? J'estime que le droit n'est pas fixé sur ce point.

Le caractère «judiciaire» de la décision du procureur général d'intenter des poursuites n'en fait d'aucune façon un «tribunal», c'est-à-dire une entité qui rend des décisions. Voir sur ce point *Re Van Gelder's Patent* (1888), 6 R.P.C. 22 (C.A.), où le maître des rôles, lord Esher, déclare, à la p. 27:

If what I have said is true, after all the *Attorney-General* is not a Court. He may have a judicial function to perform, but he is not a Court, and prohibition does not lie to him . . . [Emphasis added.]

What is meant by the words "prohibition does not lie to him" is that the Attorney General's decision to prosecute is not reviewable by any court. As A.L. Smith L.J. noted in *Comptroller-General of Patents, supra*, at p. 914:

The issue of such an [a criminal] information is entirely in the discretion of the Attorney-General, and no one can set such an information aside . . . [Emphasis added.]

Hence, the law is settled that the Attorney General's exercise of his "judicial" functions, such as the commencement of criminal proceedings, the entering of a *nolle prosequi*, the entering of a stay under s. 579(1) of the *Criminal Code*, or the preferring of direct indictments in the absence of a committal for trial after a preliminary hearing, are all incapable of judicial review and to that extent, the Attorney General enjoys an absolute and total immunity on the basis that he is performing a judicial function.

Immunity from judicial review, however, does not equate to immunity from civil suit for damages incurred as a result of a maliciously instituted and executed prosecution. This Court has held that, in respect of adjudicative judicial decisions, there is a complete immunity from civil suit: *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716. In light of the reservations expressed by learned justices of the Alberta, Nova Scotia and English Courts of Appeal, however, I am loath to make a ruling on an appeal of a preliminary motion that a similar absolute immunity exists for the benefit of the Attorney General and his agents in respect of suits for malicious prosecution. If the Court were to make such a ruling on a point of this importance in a total absence of evidence, it would, in my view, be adopting a dangerous course. Let us not forget that, when Lord Mansfield was faced with the bleak reality of a colonial governor gone awry, imprisoning innocent people without proper trials and in contravention of the law, "absolutely des-

[TRANSDUCTION] Si ce qui précède est vrai, le procureur général n'est pas un tribunal. Il se peut qu'il soit investi d'une fonction judiciaire mais, n'étant pas un tribunal, il ne peut faire l'objet d'une prohibition. [Je souligne.]

^a Ce que le juge veut dire par «ne peut faire l'objet d'une prohibition», c'est que la décision du procureur général d'intenter des poursuites n'est pas assujettie au pouvoir de contrôle des tribunaux.
^b Comme le souligne lord juge A.L. Smith dans l'arrêt *Comptroller-General of Patents*, précité, à la p. 914:

[TRANSDUCTION] Une telle dénonciation [criminelle] relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur général et nul ne peut l'annuler . . . [Je souligne.]

Ainsi, il est établi en droit que, dans l'exercice de ses fonctions «judiciaires», telles l'introduction de poursuites criminelles, l'arrêt des procédures, par *nolle prosequi* ou selon le par. 579(1) du *Code criminel* ou encore la présentation d'un acte d'accusation en l'absence de renvoi à procès, à l'issue d'une enquête préliminaire, le procureur général ^e n'est pas assujéti au contrôle judiciaire et qu'il jouit dans cette mesure d'une immunité totale et absolue parce qu'il exerce une fonction judiciaire.

^f Cependant, échapper au contrôle judiciaire n'équivaut pas à bénéficier d'une immunité contre toute responsabilité civile pour les dommages résultant de poursuites engagées et menées avec malveillance. Cette Cour, dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, a conclu à l'existence d'une immunité complète en ce qui concerne les décisions proprement judiciaires. Compte tenu cependant des réserves exprimées par les juges des cours d'appel de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de l'Angleterre, j'hésite à statuer, en appel d'une exception préliminaire, qu'une immunité aussi absolue existe au profit du procureur général et de ses mandataires en matière de responsabilité pour poursuites abusives. Si la Cour devait se prononcer sur un point de cette importance en l'absence totale de preuve, elle s'engagerait, à mon avis, sur une voie dangereuse. N'oublions pas que c'est confronté à la triste réalité du gouverneur d'une colonie qui, devenu insensé, emprisonnait des innocents illégalement et sans procès équitable, «véritable

potie” and “accountable only to God, and his own conscience”, he felt compelled to reject any notion of immunity by virtue of the Governor’s office: see *Mostyn v. Fabrigas*, *supra*. The state of the law relating to the immunity of the Attorney General is, as has been shown, far from clear. Before laying down any proposition to the effect that the Attorney General and his agents enjoy absolute immunity from civil suit, there must be a trial to permit a conclusion on the question of prosecutorial immunity and to furnish—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, 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 to claims for damages as a result of a prosecution, however instituted but 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 therefore be too expansive and even ill-founded.

Therefore, my view is that this case is not one which should have been disposed of upon a pre-trial motion under Rule 126. The law has long been settled that it is only in the clearest of cases that actions will be struck out, and this is not such a clear case. Of interest in this connection are the comments made in an unreported case in the British Columbia Court of Appeal (*Barrisove v. McDonald*, B.C.C.A., No. 490/74, November 1, 1974 (McFarlane, Robertson and Carrothers J.J.A.)) where an action was commenced against a county court judge for alleged misconduct in the

despote» n’ayant de compte à rendre «qu’à Dieu et à sa conscience», que lord Mansfield s’est vu contraint de rejeter toute notion d’immunité rattachée à la charge de gouverneur: voir *Mostyn v. Fabrigas*, précité. Comme on a pu le voir, l’état du droit à l’égard de l’immunité conférée au procureur général est loin d’être clair. Avant d’énoncer en principe que le procureur général et ses mandataires jouissent d’une immunité absolue contre toute poursuite en responsabilité civile, 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 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 catégorie et, en conséquence, il est possible que l’immunité ne s’étende pas aux recours en dommages résultant d’une poursuite menée avec malveillance, quelle que soit la façon dont elle a été introduite. 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, je suis d’avis que la présente affaire n’aurait pas dû être tranchée sur une requête préliminaire présentée en vertu de la règle 126. Il est établi depuis longtemps que ce n’est que dans les cas les plus évidents que des actions seront radiées. Or ce n’est pas le cas en l’espèce. Sont intéressants à cet égard les commentaires faits dans un arrêt inédit de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (*Barrisove v. McDonald*, C.A.C.-B., n° 490/74, le 1^{er} novembre 1974 (les juges McFarlane, Robertson et Carrothers)), où une action avait été introduite contre un juge d’une

course of the plaintiff's trial. The pleadings were struck out in the Supreme Court of British Columbia as alleging no reasonable cause of action, but an appeal was allowed, holding, in effect, that the allegations against the judge were cognizable in a civil action for damages. This case cannot now be considered as authoritative in view of the judgment in this Court in *Morier v. Rivard*, *supra*, but the comments made by Robertson J.A. in agreeing with the disposition made of the appeal are significant. He said (at p. 10):

I agree with the disposition proposed by my brother [McFarlane] and agree substantially with what he has said. I wish, however, to guard myself against being said to have made a pronouncement on the law which will be binding on the trial judge or upon this Court if following a trial, there should be an appeal to the Court. Rather than saying categorically that the endorsement on the writ and the Statement of Claim discloses a cause of action to which there can be no defence, I prefer to put my reasons on the ground that the question is not one which should have been decided in a proceeding of the sort that was taken here. It is so far from clear that no cause of action is disclosed that, as I have indicated, that stage of the proceedings was not one at which the question should have been decided.

In view of the uncertainty of the law upon this question, it is not possible, in my view, to conclude that the appellant has not alleged a reasonable cause of action in her pleadings and, therefore, the move to strike out the pleadings and dismiss the action as against the Attorney General must fail.

I would therefore dismiss the appeal as against the Crown. There is no order as to costs. I would allow the appeal as against the Attorney General with costs, and direct that the matter be returned to the Supreme Court of Ontario for trial of the claim against the Attorney General.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I agree with my colleague Lamer J. except that I prefer to rely solely on the common law position as set forth by him, leaving

cour de comté sur une allégation d'action fautive pendant le procès du demandeur. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait radié les actes de procédure au motif qu'ils ne révélaient aucune cause raisonnable d'action, mais l'appel de cette décision a été accueilli et il a été jugé que les allégations contre le juge pouvaient faire l'objet d'une action civile en dommages-intérêts. Compte tenu de l'arrêt précité de cette Cour, *Morier c. Rivard*, cette décision ne peut faire autorité, mais les propos qu'y tient le juge Robertson en souscrivant à la décision de la Cour d'appel sont significatifs (à la p. 10):

[TRADUCTION] Je suis en accord avec la façon dont mon collègue [le juge McFarlane] propose de trancher le litige et je souscris à l'essentiel de ses motifs. Je ne voudrais pas toutefois qu'on puisse conclure que j'ai établi un principe de droit liant le juge de première instance ou cette Cour, si elle était appelée à statuer en appel. Plutôt que d'affirmer catégoriquement que la mention sur le bref et la déclaration révèlent une cause d'action incontestable, je préfère invoquer comme motifs qu'une question de ce genre n'aurait pas dû être tranchée à l'occasion d'une procédure comme celle qui a été prise en l'espèce. Il est si peu manifeste qu'aucune cause d'action n'est révélée que, je le répète, ce n'est pas à ce stade des procédures que cette question aurait dû être tranchée.

Vu l'incertitude du droit sur ce point, il est impossible à mon avis de conclure que l'appelante n'a pas allégué une cause raisonnable d'action dans ses actes de procédure. En conséquence, la demande de radiation des actes de procédure et la demande de rejet de l'action contre le procureur général doit échouer.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi quant à la Couronne, sans adjudication de dépens. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au procureur général, avec dépens, et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée devant la Cour suprême de l'Ontario pour audition de la réclamation présentée contre le procureur général.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Lamer, quoique je préfère me fonder uniquement sur la position qu'il a adoptée

consideration of *Charter* implications to another day when it becomes necessary to deal with them.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part)—While I agree with my colleague, Justice McIntyre, that the Crown enjoys absolute immunity from suit even for malicious prosecution, I respectfully disagree with his conclusion that the Attorney General and, by extension, Crown Attorneys, may not. Consequently, I would dismiss the appeal.

My colleague McIntyre J. is of the view that the lower courts erred in striking out the appellant's statement of claim under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice under circumstances where there was sufficient doubt as to the actual state of the law on the question. He finds that the law in Canada is somewhat ambiguous as to the question of the degree of immunity of Attorneys General and Crown Attorneys. For that reason, he orders the matter to proceed to trial. My point of divergence from the reasons of McIntyre J. concerns the appropriate response of this Court under the circumstances. Since, in my view, strong policy reasons exist for granting Attorneys General and Crown Attorneys absolute immunity from prosecution for actions taken in the proper exercise of their powers, I see no reason to prolong this matter any further by remitting it to trial to decide this very same issue.

I would like to make it clear at the outset that I am proceeding from the premise that any decisions taken or acts performed by the respondents in this case were done within the scope of their authority. I perceive the claim of the appellant to be founded on the idea that her prosecution by the respondents, though carried out within the bounds of their authority, was malicious. In this respect, I would distinguish the situation from that which arose in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. In that case, the claim was brought on the basis that the respondent had acted outside the scope of his legitimate authority. The civil action was brought

en vertu de la *common law* et remettre l'examen de l'effet de la *Charte* à un moment où il deviendra nécessaire de trancher cette question.

a Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie)—Quoique je partage l'avis de mon collègue le juge McIntyre, que la Couronne jouit d'une immunité absolue même au cas de poursuite malicieuse, avec déférence, je ne partage pas sa conclusion à l'effet que le procureur général et, par extension, les procureurs de la Couronne n'en jouissent pas. En conséquence, je rejetterais l'appel.

c

Mon collègue le juge McIntyre estime que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en rejetant l'action de l'appelante en vertu de la règle 126 des Rules of Practice de l'Ontario là où il existait un doute suffisant en ce qui concerne l'état du droit sur cette question. Il conclut que le droit au Canada dénote une certaine ambiguïté quant au degré d'immunité dont jouissent le procureur général et les procureurs de la Couronne. Pour cette raison, il renvoie l'affaire au procès. Là où je diverge d'opinion avec le juge McIntyre c'est quant à la réponse appropriée que notre Cour doit donner à cette question dans les circonstances.

d

Comme j'estime qu'il existe de sérieuses raisons de principe qui militent en faveur de l'immunité absolue pour le procureur général et les procureurs de la Couronne à l'encontre de poursuites civiles pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, je ne vois pas de raison de prolonger indûment le débat en remettant l'affaire au juge du procès pour qu'il en décide.

e

Je veux qu'il soit clair dès le départ que je pars de la prémisse que les décisions prises ou les actes entrepris par les intimés en l'instance l'ont été dans l'exercice de leurs fonctions. Telle que je la perçois, l'action de l'appelante est fondée sur la notion que la poursuite qui a été intentée contre elle par les intimés, quoiqu'intentée dans l'exercice de leurs fonctions, l'a été malicieusement. Dans cette perspective, il y a lieu de distinguer cette situation de celle qui a donné lieu à l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Dans cette affaire, l'action avait été prise sur la base que l'intimé avait agi au-delà des limites de ses pouvoirs. La

h

i

j

against Maurice Duplessis in his capacity as an individual, and not against Duplessis in either of his official roles as Premier of the province or as Attorney General. As Rand J. stated, at pp. 142-43:

The office of Attorney-General traditionally and by statute carries duties that relate to advising the Executive, including here, administrative bodies, enforcing the public law and directing the administration of justice. In any decision of the statutory body in this case, he had no part to play beyond giving advice on legal questions arising. In that role his action should have been limited to advice on the validity of a revocation for such a reason or purpose and what that advice should have been does not seem to me to admit of any doubt. To pass from this limited scope of action to that of bringing about a step by the Commission beyond the bounds prescribed by the legislature for its exclusive action converted what was done into his personal act. [Emphasis added.]

And at p. 144:

Was the act here, then, done by the respondent in the course of that exercise [of his functions]? The basis of the claim, as I have found it, is that the act was quite beyond the scope of any function or duty committed to him, so far so that it was one done exclusively in a private capacity, however much in fact the influence of public office and power may have carried over into it.

It may well be that a governmental authority who acts with malice acts outside of the scope of his authority. However, this is not the issue which was put before us. It is to be noted that the appellant chose to proceed against the Attorney General in his official, rather than personal, capacity. In her factum, the appellant also maintains that all of the respondents were acting, "at all material times" as agents of the Attorney General for Ontario, who "acted as an agent" of Her Majesty the Queen in right of Ontario.

For the purposes of Rule 126, as McIntyre J. has indicated, we must assume that all the facts alleged by the appellant in her submissions are true. The question then, to be decided before the matter is allowed to go to trial, is simply: does the appellant's claim disclose a reasonable cause of

réclamation civile a été intentée contre Maurice Duplessis en sa capacité personnelle et non pas contre Duplessis es qualité premier ministre de la province ou procureur général de la province.

a Comme le juge Rand l'écrit, aux pp. 142 et 143:

[TRADUCTION] La charge de procureur général s'accompagne traditionnellement et en vertu de la loi de devoirs qui consistent à conseiller l'Exécutif et notamment, comme dans le cas présent, les corps administratifs, à mettre à exécution le droit public et à diriger l'administration de la justice. Dans toute décision de l'organisme statutaire qui nous occupe dans cette affaire, son rôle devrait se borner à celui de conseil sur les questions de droit qui pouvaient se poser. Dans ce rôle, son action aurait dû se limiter à donner un avis sur la validité d'une révocation pour une telle raison ou dans un tel but, et ce qu'aurait dû être cet avis ne me semble souffrir aucune discussion. Le fait de sortir de ce champ d'action limité pour provoquer de la part de la Commission une mesure qui dépassait les limites de l'action exclusive que la législature lui avait assignées, voilà ce qui a fait de son acte un acte personnel. [Je souligne.]

Et à la p. 144:

[TRADUCTION] L'acte en cause ici a-t-il, dès lors, été fait par l'intimé dans l'exercice de ses fonctions? Le fondement de la plainte, il me semble, était que cet acte était de loin hors de toute fonction ou de tout devoir qui lui avaient été confiés, à tel point qu'il n'a pu être fait qu'exclusivement à titre privé, malgré l'importance de l'influence qu'ont pu en fait exercer sur lui la charge et le pouvoir publics réels.

Il est sans doute possible de prétendre qu'une autorité gouvernementale qui agit avec malice, ce faisant, excède ses pouvoirs. Ce n'est toutefois pas ce qu'on plaide devant nous. Je trouve significatif que l'appelante ait choisi de procéder contre le procureur général en sa qualité officielle plutôt que personnellement. Dans son mémoire, l'appelante soutient de plus que tous les intimés agissaient «en tout temps opportun» à titre d'agents du procureur général de l'Ontario, qui, lui, «agissait à titre d'agent» de Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Pour les fins de la règle 126, comme le juge McIntyre le mentionne, nous devons présumer que tous les faits allégués par l'appelante sont vrais. La question qui doit être décidée avant que l'affaire ne soit renvoyée à procès, est simplement celle-ci: l'appelante a-t-elle un droit d'action? Il s'agit là

action? This is a pure question of law, and no evidence is required for its determination. In fact, 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.

In the present case, a determination that the Attorney General and Crown Attorneys enjoy absolute immunity would settle the question definitively. Both the judge at first instance and the Court of Appeal of Ontario proceeded on this basis. I intend to do so as well. This is also the course followed in *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, which came to this Court on an interlocutory question similar to the one in this case.

This, of course, does not mean that I disagree with McIntyre J. when he proposes that, in general, important questions should not be disposed of in interlocutory fashion. However, this, in my view, does not apply in cases such as the one before us, where the defense offered at the outset is one of law only, namely that the right of action is barred independently of the facts alleged.

The action brought by Nelles is completely dependent upon the answer to the question of whether Attorneys General and Crown Attorneys are immune from civil suit. As such, the matter can and should be decided by this Court in the present appeal. My answer to the question is that the immunity from civil suit enjoyed by Attorneys General and Crown Attorneys is absolute when they are acting within the bounds of their authority. I rest my reasons on the very carefully considered judgment of the unanimous Ontario Court of Appeal: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. The Court of Appeal (Houlden, Thorson and Robins J.J.A.) undertook a thorough review of the authorities in the course of a lengthy and well reasoned discussion of the arguments on either side of the issue.

d'une pure question de droit qui, pour sa détermination, ne requiert ni enquête ni preuve. En fait, il y a tout avantage, en termes de temps et de coût qu'implique un procès, de décider de cette question *a in limine litis*. C'est précisément d'ailleurs la raison d'être de la règle 126.

En l'instance, une décision à l'effet que le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue réglerait définitivement la question. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont procédé sur cette base. J'entends aussi le faire. C'est d'ailleurs la voie empruntée par notre Cour dans l'arrêt *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, qui est venu devant notre Cour sur une requête interlocutoire similaire à celle qui fait l'objet du présent appel.

Ceci, bien sûr, ne veut pas dire que je ne partage pas les vues de mon collègue le juge McIntyre lorsqu'il propose qu'en général d'importantes questions ne devraient pas être décidées à l'occasion de requêtes de nature interlocutoire. Cependant, j'estime que cette règle ne s'applique pas dans les cas où, comme ici, la défense à ce stade en est une de droit uniquement, soit que le droit d'action n'existe pas, quels que soient les faits allégués.

Le sort de l'action entreprise par l'appelante Nelles 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 à l'encontre d'une poursuite civile. Une telle question peut et doit être résolue par notre Cour dans le présent pourvoi. En réponse à cette question, je suis d'opinion que les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles lorsqu'ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs. J'assois mon opinion sur le jugement unanime et les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: *Nelles v. The Queen in right of Ontario* (1985), 51 O.R. (2d) 513. La Cour d'appel (les juges Houlden, Thorson et Robins) s'est livrée à une revue exhaustive de la jurisprudence dans le cours d'une discussion, élaborée et bien étayée, des arguments militant en faveur de l'un et l'autre point de vue.

... the concept that the Attorney-General and Crown Attorneys should enjoy an absolute immunity from civil suit for their conduct in initiating and conducting criminal prosecutions is a troubling one. That it confronts thoughtful and fair-minded persons with the need to make what cannot be other than a difficult choice, is obvious.

Ultimately, however, "[a]s is so often the case, the answer must be found in a balance between the evils inevitable in either alternative" (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), at p. 581).

While there are significant differences between the role of prosecutors in the American legal system, and the role of Crown Attorneys in Canada, it is my view that the basic principles underlying the grant of immunity to these agents are the same. These principles have been clearly elucidated in American case law. For example, in *Gregoire, supra*, Learned Hand J. expanded on the underlying rationale for the immunity of officials, at p. 581:

The justification for doing so is that it is impossible to know whether the claim is well founded until the case has been tried, and that to submit all officials, the innocent as well as the guilty, to the burden of a trial and to the inevitable danger of its outcome, would dampen the ardor of all but the most resolute, or the most irresponsible, in the unflinching discharge of their duties. Again and again the public interest calls for action which may turn out to be founded on a mistake, in the face of which an official may later find himself hard put to it to satisfy a jury of his good faith. There must indeed be means of punishing public officers who have been truant to their duties; but that is quite another matter from exposing such as have been honestly mistaken to suit by anyone who has suffered from their errors.

Similarly, Powell J. in *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), observed, at pp. 422-23:

The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common-law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a de-

[TRADUCTION] ... le concept que le procureur général et les procureurs de la Couronne devraient jouir d'une immunité absolue à l'encontre de poursuites civiles en raison de leur conduite dans l'initiation et la conduite de poursuites criminelles est une question troublante. Qu'elle confronte des personnes ayant un souci d'équité et de justice avec la nécessité de faire un choix qui ne peut être que difficile, est évident.

En bout de ligne, toutefois, [TRADUCTION] «[c]omme c'est souvent le cas, la réponse se trouve dans la recherche d'un juste équilibre entre deux maux également inévitables» (*Gregoire v. Biddle*, 177 F.2d 579 (2d Cir. 1949), à la p. 581).

Quoiqu'il existe des divergences significatives entre le rôle des procureurs (*prosecutors*) dans le système juridique américain et celui des procureurs de la Couronne au Canada, j'estime que les principes fondamentaux qui sous-tendent l'immunité accordée à ces agents sont les mêmes. Ces principes ont été clairement énoncés dans la jurisprudence américaine. À titre d'exemple, dans *Gregoire*, précité, le juge Learned Hand a explicité la philosophie sous-jacente en ce qui concerne l'immunité des officiers publics, à la p. 581:

[TRADUCTION] La justification pour ce faire est qu'il est impossible de savoir si l'action est bien fondée jusqu'à ce que le procès ait lieu et de soumettre tous les officiers publics, les innocents comme les coupables, au fardeau d'un procès et à l'inévitable incertitude quant à son issue, serait de nature à éteindre l'ardeur de non moins que le plus résolu, ou le plus irresponsable, dans la décharge indéfectible de ses devoirs. L'intérêt public demande plus souvent qu'autrement que des décisions soient prises, décisions qui pourraient par la suite s'avérer mal fondées, ce pourquoi un officier public pourrait être obligé de défendre sa bonne foi devant un jury. Il doit sûrement y avoir des moyens de punir un officier public qui a négligé son devoir; ceci est toutefois tout autre chose que d'exposer ceux qui ont commis d'honnêtes erreurs de la part de quiconque a été victime de ces erreurs.

De même, le juge Powell dans *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), a fait observer, aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] L'immunité de *common law* d'un procureur (*prosecutor*) est fondée sur les mêmes considérations qui sous-tendent l'immunité des juges et des grands jurés qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs. Ces considérations incluent la peur que le harcèlement d'être

flection of the prosecutor's energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence of judgment required by his public trust.

The role of absolute immunity is not to protect the interests of the individual holding the office, rather it is to advance the greater public good. Absolute immunity is based upon principles of public policy. In *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), Rogers J. wrote, at p. 406:

The public interest requires that persons occupying such important positions and so closely identified with the judicial departments of the government should speak and act freely and fearlessly in the discharge of their important official functions. They should be no more liable to private suits for what they say and do in the discharge of their duties than are the judges and jurors, to say nothing of the witnesses who testify in a case.

Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error. However, the holders of such offices can and should be immune from prosecution for any such errors which occur in the course of the exercise of their functions. The freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system. In my view, the greater public interest is best served by giving absolute immunity to these agents.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed as against the Crown and appeal allowed with costs as against the Attorney General, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitor for the respondents: R. F. Chaloner, Toronto.

entraîné dans un litige non fondé serait de nature à réduire la vigueur que les procureurs doivent avoir dans la décharge de leurs devoirs publics et la possibilité qu'ils nuancent leurs décisions au lieu de les exercer avec l'indépendance de jugement que requiert la confiance que le public met en eux.

L'immunité absolue n'a pas pour but de protéger l'individu qui détient une charge publique mais plutôt d'assurer le plus grand bien du public. L'immunité absolue est fondée sur des principes d'ordre public. Dans l'arrêt *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), le juge Rogers écrit, à la p. 406:

[TRADUCTION] L'intérêt public requiert que les personnes qui occupent des positions d'une telle importance et si intimement liées au secteur de la justice du gouvernement doivent parler et agir librement et sans peur dans la décharge de leurs importantes fonctions officielles. Elles ne devraient pas être plus susceptibles de poursuites civiles pour leurs paroles et leurs actes dans l'exercice de leurs fonctions que ne le sont les juges et les jurés, sans parler des témoins appelés à rendre témoignage dans une cause.

Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d'une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d'erreurs. Toutefois, ceux qui détiennent de telles positions peuvent et doivent jouir d'une immunité de poursuite pour de telles erreurs qui se produisent dans le cours de l'exercice de leurs fonctions. La liberté d'action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace. J'estime que le bien public est mieux servi en conférant à ces agents une immunité absolue.

Je rejetterais l'appel.

Pourvoi rejeté en ce qui concerne la Couronne et accueilli avec dépens en ce qui concerne le procureur général, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.

Procureurs de l'appelante: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureur des intimés: R. F. Chaloner, Toronto.

Prete v. The Queen in right of Ontario et al. *

[Indexed as: Prete v. Ontario]

16 O.R. (3d) 161
[1993] O.J. No. 2794
Action No. C9963

Court of Appeal for Ontario,
McKinlay, Carthy and Weiler JJ.A.
November 25, 1993

* An application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed with costs April 28, 1994 (Lamer C.J.C., Cory and Iacobucci JJ.). S.C.C. File No. 23973. S.C.C. Bulletin, 1994, p. 692.

Charter of Rights and Freedoms -- Remedies -- Remedy under s. 24(1) of Charter not affected by Crown immunity provisions in s. 5(6) of Proceedings Against the Crown Act -- Limitation period in s. 11 of Public Authorities Protection Act not applicable to relief claimed under s. 24(1) of Charter -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) -- Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6) -- Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406, s. 11(1).

Crown -- Immunity -- Remedy under s. 24(1) of Charter not affected by Crown immunity provisions in s. 5(6) of Proceedings Against the Crown Act -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) -- Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(6).

Limitations -- Public authorities -- Limitation period in s. 11(1) of Public Authorities Protection Act not applicable to relief claimed under s. 24(1) of Charter -- Canadian Charter of

Rights and Freedoms, s. 24(1) -- Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406, s. 11(1).

Civil procedure -- Pleadings -- Striking out -- Court not to look beyond pleading on motion under rule 21.01 to determine whether action has any chance of success -- Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 21.01.

The appellant was found not guilty of first degree murder. Eighteen months later, he commenced an action for damages as a remedy under s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms for an infringement of his rights under s. 7 of the Charter. In particular, he alleged that the Attorney General of Ontario arbitrarily, capriciously and without reasonable grounds preferred a direct indictment of a charge of murder against him, that the respondent Crown attorneys advised and recommended this action, and that they were assisted and encouraged by the respondent police officers. The statement of claim also complained that the prosecution of the indictment was conducted maliciously, breaching the appellant's rights under s. 7 of the Charter, and that the appellant was discriminated against on the basis of his ethnic origin contrary to s. 15 of the Charter.

The respondents moved to dismiss the action as barred by the expiry of the limitation period in s. 11(1) of the Public Authorities Protection Act as statute-barred on the basis of Crown immunity, and as frivolous and vexatious. The motions court judge dismissed the action as statute-barred by s. 11(1) of the Public Authorities Protection Act because it was instituted after the six-month limitation period set out in that section.

The appellant appealed.

Held, the appeal should be allowed.

Per Carthy J.A. (McKinlay J.A. concurring): The Crown immunity provisions of s. 5(6) of the Proceedings Against the Crown Act must be construed as limited to the causes of action that are permitted against the Crown under s. 5(1) of that Act,

and cannot affect the right to seek a s. 24(1) Charter remedy.

Section 11(1) of the Public Authorities Protection Act does not apply to relief claimed under s. 24(1) of the Charter. The historic purposes of limitation periods are best served, when Charter remedies are sought, by the court refusing relief on the basis of laches in appropriate cases. The purpose of the Charter, in so far as it controls excesses by governments, is not at all served by permitting those same governments to decide when they would like to be free of those controls.

The statement of claim should not be struck under Rule 21 or 25 of the Ontario Rules of Civil Procedure. At this stage of the proceedings, the facts alleged in the statement of claim should be taken as true for the purpose of determining whether the claim discloses a reasonable cause of action. The court should not look beyond the pleadings to determine whether the action has any chance of success. Under Rule 20, summary judgment may be granted against the plaintiff if it is determined that there is no genuine issue for trial. There is no difference between the Rule 20 test of no genuine issue for trial and the test of "no chance of success". Applying the latter test under Rule 21 to a pleading undermines the purpose of Rule 20, and also undermines the safeguards under Rule 20 of having sworn testimony from both sides to assure the court that there is no genuine issue for trial.

The respondents' argument that the earlier judicial determinations in the criminal proceedings constitute res judicata of certain issues raised in the statement of claim cannot prevail. Res judicata is an appropriate pleading by way of defence but is not a basis for striking out a pleading which otherwise describes a proper cause of action. More fundamentally, the earlier determinations involved very different questions than that presented in the statement of claim.

Rule 25.11(c), which provides for striking out a pleading which is an abuse of the process of the court, does not permit the court to look beyond the pleadings and determine if the action has any chance of success.

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6, 96 D.L.R. (4th) 289, 14 C.C.L.T. (2d) 1, 142 N.R. 321; Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170, 42 C.R.R. 1, 60 D.L.R. (4th) 609, 71 C.R. (3d) 358, 37 C.P.C. (2d) 1, 41 Admin. L.R. 1, 35 O.A.C. 161, 98 N.R. 321, 69 O.R. (2d) 448n, consd

Per Weiler J.A. (dissenting): -- For the reasons given by Carthy J.A., the appellant was not statute-barred from proceeding with a claim for a Charter remedy.

The action should be dismissed because the statement of claim fails to plead lack of reasonable cause to proceed against the appellant, which is an essential element of the cause of action. It discloses no facts and, in the circumstances, any action could not possibly succeed.

Other cases referred to

Caterpillar Tractor Co. v. Babcock Allatt Ltd. (1982), 67 C.P.R. (2d) 135, [1983] 1 F.C. 487 (T.D.), affd (1983), 72 C.P.R. (2d) 286 (F.C.A.); Foy v. Foy (1978), 20 O.R. (2d) 747, 88 D.L.R. (3d) 761, 3 R.F.L. (2d) 286, 9 C.P.C. 141 (C.A.); Garton v. Whelan (1984), 47 O.R. (2d) 672, 14 C.C.C. (3d) 449 (H.C.J.); German v. Major (1985), 20 D.L.R. (4th) 703, 34 C.C.L.T. 257, 39 Alta. L.R. (2d) 270, 62 A.R. 2 (C.A.); Hodge's Case (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; R. v. Ertel (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, 30 C.R.R. 209, 58 C.R. (3d) 252, 20 O.A.C. 257 (C.A.) [leave to appeal to S.C.C. refused 30 C.R.R. 209n, 24 O.A.C. 320n]; R. v. Jewitt, [1985] 2 S.C.R. 128, 47 C.R. (3d) 193, 21 C.C.C. (3d) 7, 20 D.L.R. (4th) 651, [1985] 6 W.W.R. 127, 61 N.R. 159; R. v. Keyowski, [1988] 1 S.C.R. 657, 32 C.R.R. 269, 40 C.C.C. (3d) 481, 62 C.R. (3d) 349, [1988] 4 W.W.R. 97, 83 N.R. 296, 65 Sask. R. 1; R. v. Mills, [1986] 1 S.C.R. 863, 29 D.L.R. (4th) 161, 21 C.R.R. 76, 26 C.C.C. (3d) 481, 52 C.R. (3d) 1, 16 O.A.C. 81, 67 N.R. 241, 58 O.R. (2d) 544n; R. v. Monteleone, [1987] 2 S.C.R. 154, 35 C.C.C. (3d) 193, 59 C.R. (3d) 97, 41 D.L.R. (4th) 746, 23 O.A.C. 241, 78 N.R. 377, 61 O.R. (2d) 654n; R. v. Paul (1975), [1977] 1 S.C.R.

181, 27 C.C.C. (2d) 1, 33 C.R.N.S. 328, 64 D.L.R. (3d) 491, 4 N.R. 435; R. v. Potvin, [1993] 2 S.C.R. 880, 83 C.C.C. (3d) 97, 23 C.R. (4th) 10, 105 D.L.R. (4th) 214, 155 N.R. 241; R. v. Scott, [1990] 3 S.C.R. 979, 2 C.R. (4th) 153, 1 C.R.R. (2d) 82, 61 C.C.C. (3d) 300, 43 O.A.C. 277, 116 N.R. 361; Savarin Ltd. v. Faskin & Calvin (1990), 19 A.C.W.S. (3d) 1378 (Ont. H.C.J.), affd (1993), 38 A.C.W.S. (3d) 1013 (Ont. C.A.); Temilini v. Ontario Provincial Police (Commissioner) (1990), 73 O.R. (2d) 664, 38 O.A.C. 270 (C.A.) [leave to appeal to S.C.C. refused (1991), 1 O.R. (3d) xii, 42 O.A.C. 238n, 131 N.R. 153n]; United States v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067, 30 C.C.C. (2d) 424, 34 C.R.N.S. 207, 70 D.L.R. (3d) 136, 9 N.R. 215; Williams v. Webb, [1961] O.R. 353, 130 C.C.C. 25, 27 D.L.R. (2d) 465 (C.A.); Zurich Investments Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 209, 89 A.R. 14 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused October 1988 ;ns23571

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15, 24(1), 32(1)(b)
 Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, s. 5(1), (6) -- now R.S.O. 1990, c. P.27.
 Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406, s. 11(1) -- now R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1)

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rules 20, 21.01, 25.06(1), (2), (8), 25.11

APPEAL from a judgment of the High Court of Justice (Carruthers J.) ordering the dismissal of an action as statute-barred.

Peter C. Wardle and Andrew K. Lokan, for appellant.

Thomas C. Marshall, Q.C., and Robert E. Charney, for respondents, Her Majesty the Queen in right of Ontario,

Attorney General of Ontario, Eric Libman and David Fisher.

George S. Monteith, for respondents, William McCormack, Robert Clarke, James Crowley and Robert Montrose.

CARTHY J.A. (MCKINLAY J.A. concurring): -- This appeal has its origins in motions by the defendants to dismiss the appellant's action as being limitation-barred, as statute-barred on the basis of Crown immunity, and as being frivolous and vexatious. Alternatively, particulars were sought. The appellant was found not guilty of first degree murder by jury and 18 months later commenced this action for damages as a remedy under s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms for an infringement of the appellant's rights under s. 7 of the Charter. In particular, the appellant alleges that the Attorney-General of Ontario arbitrarily, capriciously and without reasonable grounds preferred a direct indictment of a charge of murder against him, that the defendants Libman and Fisher, as Crown attorneys, advised and recommended this action, and that they were assisted and encouraged by the police officer defendants Clarke, Crowley and Montrose. Police Chief McCormack is named a defendant as the person responsible for the conduct of the police officers. The statement of claim also complains that the prosecution of the indictment was conducted maliciously, breaching the appellant's rights under s. 7 of the Charter and that the appellant was discriminated against on the basis of his ethnic origin contrary to s. 15 of the Charter.

After hearing argument on all points, Carruthers J. found it necessary to deal with only one, and dismissed the action as statute-barred by s. 11(1) of the Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406, now R.S.O. 1990, c. P.38, s. 7(1).

Section 11(1) reads:

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.

A short excerpt from the reasons of Carruthers J., released February 21, 1990, indicates the basis of his decision. At p. 6 he says:

For present purposes, it is my view that there is no difference between what the plaintiff describes his cause of action to be, that is, a breach of provisions of the Charter, and one for malicious prosecution. And, in any event, regardless of how one labels the cause of action, it is, as counsel for the plaintiff concedes, based upon "an act done in pursuance or execution or intended execution of any statutory or other public duty or authority" on the part of each and every defendant.

It has been recognized by the Supreme Court of Canada that in dealing with the Charter the existing framework within which justice is to be administered, whether predominantly provincial in nature, is to be recognized. In the absence of some constitutionally valid provision, either in the Charter or elsewhere, I cannot accept that a remedy sought under s. 24(1) of the Charter can be pursued on a timeless basis[bj964]

The comprehensive issue before this court is whether s. 11 of the Public Authorities Protection Act has any application to an action in which a remedy under s. 24(1) of the Charter is sought. If s. 11 does not stand in the way of the action, the court must consider whether the Crown is protected from suit by s. 5(6) of the Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27. For reasons which will become clear as the discussion develops I will deal first with the Proceedings Against the Crown Act. Section 5(1) and (6) of that Act read as follows:

5(1) Except as otherwise provided in this Act, and notwithstanding section 11 of the Interpretation Act, the

Crown is subject to all 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 servants or agents;
- (b) in respect of a breach of the duties that one owes to one'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.

.

(6) No proceeding lies against the Crown under this section in respect of anything done or omitted to be done by a person while discharging or purporting to discharge responsibilities of a judicial nature vested in the person or responsibilities that the person has in connection with the execution of judicial process.

My analysis commences with the reasons in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, 42 C.R.R. 1. In that case the plaintiff claimed damages from the Crown, the Attorney General, and some police officers for the common law tort of malicious prosecution with respect to murder charges. The incident predated the Charter and the issue before the court was whether the Crown and the Attorney General had immunity from suit. It was held that the Crown does enjoy immunity by reason of s. 5(6) of the Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1980, c. 393, now R.S.O. 1990, c. P.27, but the court was careful to observe that the constitutionality of that section remained "an open question" (see per Lamer J. at p. 178). A majority of the court held that the Attorney General was not protected by that section and enjoyed no immunity at common law.

The importance of Nelles to the present consideration of statutory limitations to be imposed on a Charter remedy is that Lamer J., writing for three of the six judges who participated in the judgment, placed heavy emphasis upon the availability of Charter remedies in his analysis of whether there is immunity from a common law cause of action. He states at pp. 195-96:

As I have stated earlier, the plaintiff in a malicious prosecution suit bears a formidable burden of proof and in those cases where a case can be made out, the plaintiff's Charter rights may have been infringed as well. Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the Charter. It seems clear that in using his office to maliciously prosecute an accused, the prosecutor would be depriving an individual of the right to liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Such an individual would normally have the right under s. 24(1) of the Charter to apply to a court of competent jurisdiction to obtain a remedy that the court considers appropriate and just if he can establish that one of his Charter rights has been infringed. The question arises then, whether s. 24(1) of the Charter confers a right to an individual to seek a remedy from a competent court. In my view it does. When a person can demonstrate that one of his Charter rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the Charter which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur. Whether or not a common law or statutory rule can constitutionally have the effect of excluding the courts from granting the just and appropriate remedy, their most meaningful function under the Charter, does not have to be decided in this appeal. It is, in any case, clear that such a result is undesirable and provides a compelling underlying reason for finding that the common law itself does not mandate absolute immunity.

and at pp. 198-99:

And as has already been noted, it is quite discomfoting to realize that the existence of absolute immunity may bar a person whose Charter rights have been infringed from applying to a competent court for a just and appropriate remedy in the form of damages.

III. Conclusion

A review of the authorities on the issue of prosecutorial immunity reveals that the matter ultimately boils down to a question of policy. For the reasons I have stated above I am of the view that absolute immunity for the Attorney General and his agents, the Crown Attorneys, is not justified in the interests of public policy. We must be mindful that an absolute immunity has the effect of negating a private right of action and in some cases may bar a remedy under the Charter. As such, the existence of absolute immunity is a threat to the individual rights of citizens who have been wrongly and maliciously prosecuted.

The reasons of Lamer J., standing alone, are strongly persuasive that a statutory enactment cannot stand in the way of a constitutional entitlement. Section 32(1)(b) of the Charter provides that the Charter applies to the legislature and government of each province. The remedy section of the Charter would be emasculated if the provincial government, as one of the very powers the Charter seeks to control, could declare itself immune.

Therefore, s. 5(6) of the Proceedings Against the Crown Act must be construed as limited to the causes of action that are permitted against the Crown under s. 5(1) of that Act, and cannot infringe upon a s. 24(1) Charter remedy.

This discussion of the application of s. 5(6) of the Proceedings Against the Crown Act to the Charter may appear to have been a digression from a consideration of the findings of Carruthers J. as to the statutory limitation period, but it is

really a step along the way. The next issue to consider is, if absolute immunity from Charter relief cannot be afforded by less than constitutional enactments, can immunity be imposed after a period of time as set out in s. 11 of the Public Authorities Protection Act?

It is argued that the absence of a limitation period in the Charter implies that, in actions seeking a Charter remedy, the provincial and federal limitation statutes would be applied along with the network of procedural rules governing all actions. In *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863 at p. 953, 29 D.L.R. (4th) 161 at p. 172, McIntyre J. said:

The task of the court will simply be to fit the application into the existing jurisdictional scheme of the courts in an effort to provide a direct remedy, as contemplated in s. 24(1). It is important, in my view, that this be borne in mind. The absence of jurisdictional provisions and directions in the Charter confirms the view that the Charter was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure. There is no need for special procedures and rules to give it full and adequate effect.

The argument of the respondents proceeds to point out that many of our rules of practice permit the court to dismiss a claim for failure to comply with time requirements and the effect of a limitation period is simply a statutory provision to the same effect. It is true that in conflict of law jurisprudence, limitation periods have been considered procedural rather than substantive. However, in the context of the Charter, limitation periods are very different from the rules of procedure which effect a dismissal for failure to meet time requirements. First and foremost, the rules are subject to the discretion of the court, whereas the statute is not. In practice, a meritorious claim will be permitted to proceed, perhaps on terms, despite a breach of the rules. In the few cases where relief is denied, it is being denied by a court of competent jurisdiction to deal with s. 24(1) relief. The court is simply saying that in the circumstances presented this is

not a case for a hearing and s. 24(1) relief is denied.

In *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6 at pp. 29-30, 96 D.L.R. (4th) 289, La Forest J. describes the historic purposes of limitation periods as providing a time when prospective defendants can be secure that they will not be held to account for ancient obligations, foreclosing claims based on stale evidence, permitting destruction of documents, and assuring that plaintiffs do not sleep on their rights. Those purposes are best served, when Charter remedies are sought, by the court refusing relief on the basis of laches, in appropriate cases. The purpose of the Charter, in so far as it controls excesses by governments, is not at all served by permitting those same governments to decide when they would like to be free of those controls and put their houses in order without further threat of complaint.

Put in this Charter context, I see no valid comparison between procedural rules of court and statutory limitation periods. I do see identity between statutes granting immunity and those imposing limitation periods after the time when the limitation arises. Having found that immunity is not available under the Proceedings Against the Crown Act from a claim for Charter remedy, it therefore follows that in my opinion s. 11 of the Public Authorities Protection Act should be read as not applying to relief claimed under s. 24(1) of the Charter.

Nor does it avail the respondents to argue that the claim asserted is one for the tort of malicious prosecution hidden in the clothing of the Charter. *M. (K.) v. M. (H.)*, supra, is clear authority for the appellant's right to pursue a claim for relief which is not limitation-barred despite the fact that an alternative head for the same claim is statute-barred.

It is now necessary to deal with the alternative argument of the respondents that the statement of claim should be struck under Rule 21 or Rule 25 of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194. The factual information and judicial decisions in the earlier criminal proceedings have been fully canvassed in the reasons of Weiler J.A. and I will not repeat them herein. I do not agree with her disposition of this issue

because, in my view, at this stage of the proceedings, the facts alleged in the statement of claim should be taken as true for the purpose of determining whether the claim discloses a reasonable cause of action. To do otherwise is to effectively conduct a summary judgment proceeding under Rule 20 without having the sworn evidence of the parties to this litigation as a basis for determining whether there is a genuine issue for trial.

The core paragraphs in the statement of claim read:

17. At all material times the prosecution of the direct indictment against the plaintiff was conducted by the defendants Libman and Fisher, assisted and encouraged by the defendants Clarke, Crowley and Montrose.

18. The preferral of the direct indictment was made arbitrarily, capriciously and without reasonable and probable grounds and therefore constituted an abuse of process and an infringement of the plaintiff's rights under Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

19. The subsequent prosecution of the direct indictment was conducted maliciously and without reasonable and probable cause and therefore also breached the plaintiff's rights under Section 7 of the Charter.

20. Furthermore, in preferring the indictment and subsequently prosecuting the plaintiff the defendants discriminated against the plaintiff on the basis of his ethnic origin and therefore breached his rights under Section 15 of the Charter.

Not much attention was paid to para. 20 in the argument and, for my purposes, it can be ignored. One of the arguments put by the respondents is that the earlier judicial determinations in the criminal proceedings represent *res judicata* against the appellant of the issues raised in paras. 17 to 19 and that, as such, they can be looked at to determine if it is plain and obvious that the action cannot succeed. There is more than one reason that this argument cannot prevail. For one, *res judicata*

is an appropriate pleading by way of defence but is not a basis for striking out a pleading which otherwise describes a proper cause of action. More fundamentally, the earlier determinations involved very different questions than that presented in this statement of claim. In one instance it was bail pending trial which involves much more than the likelihood of success in the prosecution of the charge. In the other, it was a question of whether the evidence against the co-accused at trial was sufficient to be put to the jury for a verdict. The fact that the appellant stood by and did not make such an application on his own behalf may be very telling evidence against him at a trial of the present action, but is not an issue estoppel as to all of the elements of the allegations in paras. 17 to 19 of the statement of claim. To the extent that these allegations may be likened to a claim of malicious prosecution, they must be treated as involving both subjective and objective elements (see *Nelles*, supra, per Lamer J. at p. 193). If the respondents knew that the appellant was not guilty and withheld evidence that was exculpatory, the fact that they presented evidence giving the appearance of reasonable and probable grounds for the prosecution would not assist them in this action.

In *Nelles* Lamer J. emphasized the difficulty facing a plaintiff seeking to meet the burden of establishing, in effect, that the Attorney General or Crown attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice. Lamer J. put aside concerns expressed by other courts that such actions have an intimidating effect upon those who administer justice, observing that there are safeguards in the rules for the early disposition of spurious claims. It is easy to infer from these comments that the court should, at the earliest stage of an action of this type, assess the reality of success and eliminate those cases that lack promise of success. In the present case, I have no hesitation in concluding that, on the basis of the entire record presented to us, the action is not likely to succeed. In fact, there is nothing to indicate that it will succeed, except the allegations in the pleading. But that is a very significant exception, and we should not depart from the rule that the pleadings must be taken as factually true simply because the allegations are serious and the case

appears hopeless.

Do the pleadings disclose a reasonable cause of action? To the extent that the allegations rely on malice, rule 25.06(8) provides that this may be alleged as a fact without pleading the circumstances from which it is to be inferred. This means that a court cannot treat this as a bald allegation and must assume that there is substance behind the allegation for purposes of testing the pleading. The allegation that the prosecution was conducted arbitrarily, capriciously, and without reasonable and probable grounds, may want for particulars, but if supported by evidence, clearly presents a triable issue. I would, therefore, not strike this pleading under Rule 21.

Weiler J.A. has concluded that rule 25.11(c) which provides for striking out a pleading which is "an abuse of the process of the court" permits the court to look beyond the pleading and determine if the action has any chance of success. She finds support for that approach in *German v. Major* (1985), 20 D.L.R. (4th) 703, 24 C.C.L.T. 257 (Alta. C.A.). It is my opinion that you cannot escape Rule 21 in this case by looking at rule 25.11(c) because if you consider this statement of claim to be an abuse of the process of the court it can only be because it discloses no reasonable cause of action. If that is the true complaint then it must be tested under the specific language of rule 21.01(1)(b) and, as stipulated in that same rule, no evidence is admissible on the motion.

Further, the rules were different in Alberta when *German v. Major* was decided, as noted by Kerans J.A. at p. 706 of the reasons:

There are few reported decisions where hopeless-fact cases are struck. A plaintiff could and perhaps should move for summary judgment if faced with such a defence; in Alberta, however, a defendant cannot. He must rely on Rule 129.

In Ontario we have Rule 20 providing for summary judgment after delivery of the statement of defence and supported by affidavits of persons having knowledge of the contested facts.

Judgment may be granted against the plaintiff if it is demonstrated that there is no genuine issue for trial. There is no difference that I can see between the Rule 20 test of no genuine issue for trial and the test suggested by Weiler J.A. of "no chance of success" or "plain and obvious that the action cannot succeed". Applying those tests under Rule 21 to a pleading undermines the purpose of Rule 20, and also avoids the safeguards under Rule 20 of having sworn testimony from both sides to assure the court that there truly is no issue for trial. In the present case that would include testimony from the defence to demonstrate that the defendants had no knowledge which could constitute a basis for an allegation that they improperly advanced the prosecution. I would therefore permit the pleading to stand.

The respondents asked that if the pleading is to stand that particulars be ordered of the allegations in paras. 17 to 20. As stated earlier, rule 25.06(8) provides that malice, intent or knowledge may be alleged as a fact without pleading the circumstances from which it is to be inferred. That being so, the pleading as it stands can be taken as embracing the circumstance of the Crown holding back exculpatory evidence, which would feed the other allegations. Particulars of para. 20 have been given and it is my view that the rule permits the other two paragraphs to stand. In any event, there would not be much purpose in an order for particulars because if there is any substance in the appellant's claim it will come from production and discovery as to the subjective knowledge of the respondents and is thus not available to the appellant at this time.

I would therefore set aside the two orders of Carruthers J. of February 21, 1990 and in their place order that the two motions before Carruthers J. be dismissed without costs. Carruthers J. made no order as to costs in dismissing the action and reciprocal disposition seems appropriate. The appellant shall have his costs of the appeal.

WEILER J.A. (dissenting): --

I BACKGROUND

Approximately sixteen months after the appellant and his co-accused Turchiaro were acquitted of the charge of first degree murder by a jury, the appellant gave notice of his claim for damages for the alleged violation of his rights pursuant to ss. 7 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The respondents, who are alleged to have violated the appellant's rights, are William McCormack, Chief of Police of the Metropolitan Toronto Police Force, Crowley, Montrose and Clarke, police officers with the Metropolitan Toronto Police force (the "police defendants") and Libman and Fisher, assistant Crown attorneys appointed by the Lieutenant-Governor in Council (the "prosecutors"). In addition, Her Majesty The Queen in right of Ontario and the Attorney General of Ontario have been named as defendants.

Carruthers J. struck the appellant's statement of claim as being statute-barred due to the application of s. 7 of the Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990, c. P.38 (the "Act"), which has a six-month limitation period. For the reasons given by Carthy J.A., I agree that the respondent is not barred from proceeding with a claim for a Charter remedy.

II THE SECOND ISSUE

In view of his conclusions that the action was statute-barred, Carruthers J. did not deal with the second issue raised by the respondents, namely, that the statement of claim should be struck: (a) because it disclosed no reasonable cause of action; and (b) because it is plain and obvious that the action cannot succeed. In the alternative, the respondents requested particulars of the allegations in paras. 18, 19 and 20 of the statement of claim.

III RELEVANT PORTIONS OF STATEMENT OF CLAIM

The relevant portions of the statement of claim are as follows:

18. The preferral of the direct indictment was made

arbitrarily, capriciously and without reasonable and probable grounds and therefore constituted an abuse of process and an infringement of the plaintiff's rights under section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

19. The subsequent prosecution of the direct indictment was conducted maliciously and without reasonable and probable cause and therefore also breached the plaintiff's rights under Section 7 of the Charter.

20. Furthermore, in preferring the indictment and subsequently prosecuting the plaintiff the defendants discriminated against the plaintiff on the basis of his ethnic origin and therefore breached his rights under Section 15 of the Charter.

21. By reason of the preferral and prosecution of the direct indictment, the plaintiff was imprisoned for a period of approximately 13 months, was unable to work or to support his family, suffered mental and bodily pain and anguish, and was also greatly injured in his credit, character and reputation, and has thereby suffered damage.

(Emphasis mine)

IV RELEVANT PORTIONS OF RULES AND COMMENTARY

For ease of reference, the relevant portions of rules 21.01 and 25.11 are reproduced below:

21.01 (1) A party may move before a judge,

.

(b)to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

(2) No evidence is admissible on a motion,

.

(b)under clause (1)(b).

(3) A defendant may move before a judge to have an action stayed or dismissed on the ground that,

.

(d)the action is frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of the process of the court,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

.

25.11 The court may strike out or expunge all or part of a pleading or other document, with or without leave to amend, on the ground that the pleading or other document,

(a) may prejudice or delay the fair trial of the action;

(b) is scandalous, frivolous or vexatious; or

(c) is an abuse of the process of the court.

In a motion to strike out a pleading on the basis that it discloses no reasonable cause of action, no evidence is admissible, since the only issue is the sufficiency in law of the pleading attacked. The facts alleged in the statement of claim must be taken as proved. The transcripts of the prior proceedings are therefore irrelevant and cannot be relied upon by the respondents in support of the relief sought under this part of the rule. The test pursuant to rule 21.01(1)(b) is, assuming that the facts alleged in the claim are true, do they disclose a cause of action known to law?

In a motion for judgment by the defence to dismiss the action

or have it stayed, or to strike the pleadings as being frivolous, vexatious or an abuse of process, pursuant to rule 21.01(3)(d), evidence is admissible. Here, the test is, is it plain and obvious that the action cannot succeed?

Frequently, both rule 21.01(1)(b) and 21.01(3)(d) are considered together, without differentiation. In such circumstances, no evidence is considered and the facts pleaded are taken as true. It has happened, however, that a court has proceeded to consider the matter solely on the basis that the action could not possibly succeed and is therefore an abuse of process. After considering the evidence, it has struck the claim: see, for example, *Foy v. Foy* (1978), 20 O.R. (2d) 747, 88 D.L.R. (3d) 761 (C.A.); *German v. Major* (1985), 20 D.L.R. (4th) 703, 34 C.C.L.T. 257 (Alta. C.A.); *Savarin Ltd. v. Fasken & Calvin*, Ontario High Court of Justice, March 21, 1990 [summarized 19 A.C.W.S. (3d) 1378], affirmed Ontario Court of Appeal March 1, 1993 [summarized 38 A.C.W.S. (3d) 1013], leave to appeal to the Supreme Court dismissed October 1993; ns23571.

The distinction between the two branches of the rules has been succinctly set forth by Ct J.A. in *Zurich Investments Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co.* (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 209 (C.A.) at p. 211, 89 A.R. 14 at p. 15:

The Alberta Court of Appeal in *German v. Major* stressed that where the defendant suggests that there is no such cause of action known to the law, i.e., that the plaintiff's lawsuit is bad in law or the defendant has a clear legal defence, then the court must assume the truth of the facts in the statement of claim. But the Court of Appeal said it was different where the defendants contend that the lawsuit is hopeless factually, and thus frivolous and vexatious. The test is whether it is "plain and obvious that the action cannot succeed".

The decision in *German v. Major*, supra, was approved by the Supreme Court in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, 42 C.R.R. 1.

Accordingly, I will first deal with the question of whether the action should be struck as disclosing no cause of action, having regard only to the pleadings. Secondly, I will consider whether the defence is entitled to judgment or to have the statement of claim struck in whole or in part on the basis that the action is frivolous, vexatious or an abuse of process, having regard to the transcripts of judgments in other proceedings that have been filed.

V DOES THE STATEMENT OF
CLAIM DISCLOSE A CAUSE OF
ACTION?

- (a) Elements required for this cause of action: No reasonable and probable cause to proceed against the appellant

The four necessary elements which must be proved for a plaintiff to succeed in an action for malicious prosecution, as recognized by the Supreme Court in *Nelles v. Ontario*, per Lamer J. at pp. 192-93 are:

- a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- c) the absence of reasonable and probable cause;
- d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

Lamer J. stated at p. 193 that:

The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury. . . . To succeed in the 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 [su1]and[xu malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney

General or Crown Attorney . . .

Section 7 of the Charter states:

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.

It is not necessary for me to decide whether all four of the requirements of an action for malicious prosecution must be met in order to bring an action for civil damages under s. 7 of the Charter. Suffice it to say that, having regard to the manner in which this action has been pleaded, lack of reasonable and probable cause to proceed against the appellant is an essential element of the cause of action.

It is helpful to recall the definition of reasonable and probable cause articulated by Lamer J. in *Nelles*, at p. 193:

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 accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed" (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, *Hawkins J.*).

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances.

(b) Does the statement of claim plead the necessary facts?

After indicating who the parties are, all that is stated in the statement of claim, prior to para. 18, is that the appellant was charged with murder; a preliminary inquiry was held; the appellant was discharged; a direct indictment was preferred; the appellant was rearrested and held in custody

until acquitted. The prosecution was conducted by the prosecutors assisted by the police defendants.

There is no allegation of misconduct by the police defendants of a breach of Charter rights for any act prior to the preferral of the direct indictment. It is not alleged that the police officers embarked on the investigation of the appellant without reasonable grounds, continued the investigation of the appellant when they knew it was without merit and disclosed no evidence of criminal conduct on his part, or that, when the original information charging the appellant with murder was sworn, those doing so knew it was without merit.

The appellant asserts, in para. 18, that "the preferral of the direct indictment was made arbitrarily, capriciously and without reasonable and probable grounds, and therefore constituted an abuse of process and an infringement of the plaintiff's rights under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". No malice is alleged in this paragraph.

The mere preferment of a direct indictment against an accused, notwithstanding that he has been discharged following a preliminary inquiry, does not result in a deprivation of fundamental justice contrary to s. 7 of the Charter: *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, 30 C.R.R. 209 (Ont. C.A.).

Paragraph 19 states that: "The subsequent prosecution of the direct indictment was conducted maliciously and without reasonable and probable cause and therefore also breached the plaintiff's rights under s. 7 of the Charter."

Whether or not there was reasonable or probable cause for the laying of the charge or its prosecution is a question of law. The malice alleged in para. 19 is a question of fact and no particulars need be pleaded. Even in deciding the question of malice, however, a jury is not at liberty to decide for themselves that there is a want of reasonable and probable cause; they must take the judge's ruling upon that issue: *Williams v. Webb*, [1961] O.R. 353 at p. 362, 130 C.C.C. 25 (C.A.).

Paragraphs 18 and 19 merely repeat, rephrase, or restate part of the law relating to the tort. No other portion of the statement of claim touches upon the substance of these paragraphs.

Rule 25.06(1) and (2) states:

25.06(1) Every pleading shall contain a concise statement of the material facts on which the party relies for the claim or defence, but not the evidence by which those facts are to be proved.

(2) A party may raise any point of law in a pleading, but conclusions of law may be pleaded only if the material facts supporting them are pleaded.

Subrule (2) makes it clear that stating a conclusion of law is not acceptable as a substitute for a statement of material facts. The paragraphs quoted above contain positive assertions which must be affirmatively proven by the respondent. In *Caterpillar Tractor Co. v. Babcock Allatt Ltd.* (1982), 67 C.P.R. (2d) 135, [1983] 1 F.C. 487 (T.D.), appeal to the Federal Court of Appeal dismissed (1983), 72 C.P.R. (2d) 286, Addy J. stated at pp. 138-39:

Rule 419 [of the Federal Court Rules] specifically provides that the court may "at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out" on, among other grounds, the grounds that it is frivolous or vexatious or may prejudice or embarrass a fair trial or may otherwise constitute an abuse of the court. If a party has no grounds for making an allegation in a pleading, then, there is no basis for maintaining the allegation. It is not an answer to an application to strike out, for the party to say that, if he had unrestricted discovery of his opponent, he might then be in a position to sustain the allegation.

.

A court proceeding is not a speculative exercise and actions are not to be launched or continued nor are defences

to be allowed to stand where it is clear that the person making the allegation has no evidence to support it and where the onus of proof rests on that person.

Addy J. then proceeded to strike the impugned paragraphs on the basis that they were frivolous and vexatious and constituted an abuse of process of the court.

Inasmuch as no objection is taken to the original decision to prosecute on the basis of lack of reasonable and probable grounds, a statement of fact as to why the subsequent decision to prosecute by direct indictment is without reasonable and probable grounds, is required. It is not, for example, alleged that, after the preliminary inquiry, the respondents discovered exculpatory evidence which they withheld. Nor is it alleged that any such discovery was made at trial.

This case is readily distinguished from *Temilini v. Ontario Provincial Police (Commissioner)* (1990), 73 O.R. (2d) 664, 38 O.A.C. 270 (C.A.), a case relied on by the appellants. In that case, Grange J.A. found that facts were alleged which, if proved, might result in the action for malicious prosecution and conspiracy succeeding. Here, no facts other than a conclusion in law is alleged with respect to a necessary element of the action.

Paragraph 20 of the statement of claim alleges that the defendants discriminated against Mr. Prete on the basis of his ethnic origin. No separate argument was addressed in respect of this pleading. Discrimination is also a conclusion. No facts in support of the conclusion have been pleaded.

In the result, the statement of claim does not plead facts which, if true, would satisfy a necessary element of the cause of action.

VI IS THE ACTION FRIVOLOUS, VEXATIOUS OR AN ABUSE OF PROCESS?

For the purposes of my decision on this aspect of the rule, I

will assess the evidence before the court to determine, as a matter of law, whether preferment of the indictment and the subsequent prosecution were justified. If so, the action by the appellant is doomed to failure and cannot possibly succeed.

(a) The evidence at the preliminary inquiry

A summary of some of the evidence at the preliminary hearing contained in the evidence before the court is as follows.

The deceased, Aldo Citton, was shot twice in the head at close range on a dead end street, Reading Court, in the area of the Skyline Hotel in Toronto on July 19, 1985. On the body were found expensive jewellery and \$400 in cash. Near the body, on the road, the police found two .22 calibre CCI make spent cases. A car leased by the deceased was found near Lloyd Manor Plaza. There is no dispute that a crime was committed. Nor is there any dispute that the homicide squad of the Metropolitan Toronto Police force was the appropriate police force to investigate the crime.

The deceased, Citton, had been acting as an intermediary between the appellant and his wife, Franca Prete, when they were having matrimonial difficulties. The appellant suspected that his wife was having an affair with a man named Rizzo. It was the Crown's position that, while acting as the trusted intermediary, Citton had started an affair with Franca Prete.

On May 18, 1985, Franca Prete left the matrimonial home, leaving the appellant and their two teen-aged children at that address. At a meeting at Citton's house she told him and Frank Emmanuel, her employer's husband, of the affair with Rizzo. Emmanuel went back and told the appellant of the affair. About this time, Franca Prete hired Stanley Sherr as her matrimonial lawyer and the appellant hired Antoni Graci as his matrimonial lawyer. The appellant's position with respect to the division of the matrimonial assets was that he should keep everything and that Franca Prete was to get nothing.

On May 25, 1985, the appellant, his brother-in-law, Turchiaro, and his father-in-law, surrounded Rizzo at the Lloyd

Manor Plaza and accused him of breaking up the Prete household. They said that Rizzo should pay half of the value of Prete's house, namely, \$50,000. Rizzo denied the affair with Prete's wife.

Rizzo told Harrison, his superior at work, that he had been taken to a dead end street and that he had denied the affair with Franca Prete, but had pointed to a wealthy businessman. At the preliminary hearing, Harrison testified that Rizzo told him that he, Rizzo, had pointed to Aldo Citton as the wealthy businessman who was having an affair with Franca Prete.

About two months prior to the May meeting, Citton's wife had left him. Mrs. Citton testified at the preliminary hearing that she left her husband because she suspected that he and Franca Prete were having an affair.

Howard "Mugsy" Dean testified at the preliminary inquiry that the appellant had approached him in May or June 1985, and that he wanted Dean to kill Rizzo. Franca Prete was to be beaten if she was found with Rizzo. Then, a few weeks later, the appellant returned and told him, "I've got the wrong guy. I will look after it myself."

Mr. Sherr, the matrimonial lawyer for Franca Prete, testified at the preliminary hearing that on July 19, 1985, the day of the killing, he had a telephone conversation with the accused's matrimonial lawyer Graci, in which Graci told him that he and his client, the appellant, believed that Citton was having an affair with Franca Prete. Graci was also reported to have told Sherr that the appellant Prete believed that Citton needed money and that the reason Franca Prete wanted a lump sum property settlement was so that she could hand over the money to Citton. At the preliminary hearing, Graci denied ever having had such a conversation with Sherr.

In the early evening of July 19, Citton and Franca Prete were at a restaurant, after which they each apparently went to their respective residences. Graci went to the home of the appellant.

In a written statement to police on July 21, 1985, the

appellant said that, after Graci left, Citton came to his home and was at his home as late as 10:30-11:00 p.m. on July 19. The appellant said that they talked and drank wine and that Citton had to leave because he had an appointment with a German man with regard to clocks. (Citton's partner was a German man who had a clock company. This man said that Citton had been told not to do any business until he returned from Germany and that was not until three days after the murder.) The appellant said that, after Citton left his house, he telephoned his cousin and was invited over to his cousin's place and had gone there. The cousin testified that Prete arrived unexpectedly at 11:15 p.m. that night, but that there had been no prior telephone call.

On the same day that he spoke with the police, the appellant Prete attended upon the widow Citton, brought her flowers, expressed condolences and said that he had not seen the deceased since Thursday night, that is, the night before his death.

The appellant Prete was subject to police surveillance and intercepts by wiretap both before and after his arrest. After his arrest on January 15, 1986, the appellant Prete is alleged to have said to the police in response to a question by Montrose:

Montrose: Tony, Franca your wife has told us about little bullets you had around the house.

Prete: You can search the house. I got no .22 bullets, no .22 rifle, no .22 nothing, never.

A search warrant was executed and a .22 calibre, long rifle, CCI manufactured bullet was found in the garage; in the house of the accused, a partial box of .22 calibre CCI make bullets was found on top of the water heater. It will be recalled that, at the scene when the body was found, two .22 long rifle, CCI manufactured spent cartridges were found on the road. No. 22 rifle was found.

Angela Prete, the daughter of the appellant, gave several statements to the police. In the first interview on July 22,

1985, she said that the last time she saw Aldo Citton was on Tuesday, the night of the murder, at her residence. After the interviewing officers returned to their office, they received a telephone call from Angela Prete correcting her evidence, saying Friday was really the last time that she saw Aldo Citton. On April 30th, she acknowledged that, when initially interviewed, she had told the police that she saw Aldo Citton in a car with a man whom she thought was her father. Later, she changed her mind and said that she did not think the person was her father because her father did not have "shocking" white hair like the person in the car, and also because her father would not have driven off when she went towards the car, but would have spoken to her.

The Crown also had intercepted conversations which it contended showed, on the part of the appellant, guilty knowledge of the crime. The position of the defence was that a different interpretation should be put on these intercepts and that they were taken out of context.

(b) The decision to discharge the appellant

The preliminary inquiry judge concluded that:

. . . the evidence of the excerpted segments of the intercepts could lead to two inferences: a positive and a negative. Applying the logic embraced within the rule in Hodge's Case, but not applying that rule per se, at best, when taken in context, the evidence could only be capable of supporting a neutral inference. A jury would have to be so instructed. I intend to go no further in any analysis of the intercepted communications.

In *Garton v. Whelan* (1984), 47 O.R. (2d) 672, 14 C.C.C. (3d) 449 (H.C.J.), Evans C.J.H.C. held that the same judge erred in law in applying the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, to a preliminary inquiry. Whether or not there is sufficient evidence to bind an accused over for trial following a preliminary inquiry is a question of law. The test to be applied by the judge presiding over the preliminary inquiry is as set out in *United States v. Shephard*, [1977] 2

S.C.R. 1067 at p. 1080, 30 C.C.C. (2d) 424. It is whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty. Although the preliminary inquiry judge correctly stated the Shephard test and purported to follow it, in effect he did not do so. In concluding that he was entitled to "assess" the evidence and to apply the logic in the rule in Hodge's Case namely, that in a case of circumstantial evidence the guilt of the accused must be the only rational conclusion, and in finding that the positive and negative inferences balanced each other and created a neutral inference, the preliminary inquiry judge erred in law. Even in circumstantial cases, the law now is that any determination as to compliance with the rule in Hodge's Case is to be left to the jury: see *R. v. Paul* (1975), [1977] 1 S.C.R. 181, 27 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154 at p. 161, 35 C.C.C. (3d) 193 at p. 198. Based on my review of the preliminary judge's reasons and the summary of the evidence at the preliminary inquiry, I believe that I am entitled to take judicial notice that his dismissal of the indictment against the appellant was not related to the evidence tendered at the preliminary inquiry. It was a failure to follow the injunction of this court that he must not engage in weighing the evidence. The Attorney General chose not to appeal the preliminary judge's decision. A direct indictment was preferred.

(c) Judicial notice may be taken of reasons for preferring a direct indictment

In *R. v. Ertel*, *supra*, Lacourcire J.A. observed at pp. 422-23:

There are many reasons why direct indictments can be justified for the necessary protection of society. In *Del Buono, Criminal Procedure in Canada* (1982), p. 323, Bruce MacFarlane and Judith Webster give the following reasons as justification for direct indictments:

- (1) circumstances may be such that the security of the Crown's witnesses or the preservation of the Crown's case requires that the matter be brought to trial

forthwith; the alleged offence may be so controversial or notorious that, in the interests of the public, the matter must be heard and determined as soon as possible;

- (2) the preferring of the direct indictment may be the only way to remedy an unconscionable delay in bringing the matter to trial, and
- (3) the holding of a second preliminary inquiry (even if it was permissible) might cause unnecessary and unjustifiable delay and expense. For example, when a committal for trial is quashed on technical grounds not related to the evidence tendered at the preliminary inquiry[bj9640]

In my view, the court can take judicial notice of the above reasons, which are not an exhaustive list of the reasons that may justify a direct indictment[bj964]It certainly cannot be said in considering its constitutionality, that the direct indictment permitted . . . in circumstances which may have been rationally contemplated by Parliament, is fundamentally unfair.

(Emphasis mine)

(d) Judicial notice of reasons for preferring a direct indictment in this case

(i) At the bail hearing following the appellant's arrest after the direct indictment was preferred, there was evidence before O'Driscoll J., which he accepted as credible, that the appellant had threatened at least one of the Crown's witnesses after his original arrest. In the circumstances, judicial notice may be taken that the security of the Crown's witnesses required the matter to be brought to trial forthwith.

(ii) Almost two years had elapsed between the date when Citton was killed and the end of the preliminary inquiry. Preferment of the direct indictment avoided the delay inherent in appealing the preliminary judge's decision -- an appeal

which was certain to succeed.

(iii) There had already been a full and complete preliminary inquiry. Preferment of the direct indictment avoided the unnecessary delay and expense of holding a second preliminary inquiry.

As a matter of law, therefore, preferment of the indictment was justified.

By way of summary:

- (a) It is not alleged that there was a lack of reasonable and probable cause to initiate the original proceedings. Indeed, my review of the evidence led at the preliminary inquiry confirms that there was reasonable and probable cause.
- (b) There was evidence before the judge conducting the preliminary inquiry which met the Sheppard test and the judge erred in discharging the appellant.
- (c) Judicial notice may be taken that it was reasonable for the Crown to prefer the direct indictment in order to protect the Crown's witnesses and to avoid the delay inherent in an appeal which was certain to succeed. Full disclosure of the Crown's case had been made at the previous preliminary inquiry and there was no suggestion that the Crown's case was not the same.
- (d) The prosecution and trial followed as a result of the direct indictment and there are no facts alleged as to why this should not have been the case.

VII STRIKING VERSUS GRANTING JUDGMENT

I have already found that the statement of claim discloses no facts with respect to an essential element of the cause of action and, as well, that any action could not possibly succeed. Should the court grant leave to amend or should it grant judgment in favour of the respondent and dismiss the

action?

In his criminal trial, Mr. Prete did not bring a motion to quash the direct indictment on the basis of any alleged prosecutorial misconduct being a violation of his rights under s. 7, nor for abuse of process, despite the fact that he was detained in custody, and that, if successful, such a motion would have afforded a complete defence to the charge: see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, 47 C.R. (3d) 193, 21 C.C.C. (3d) 7; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, 2 C.R. (4th) 153; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, 32 C.R.R. 269, and *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, 83 C.C.C. (3d) 97.

The sole reason that the s. 7 issue before this court was not determined in the criminal proceeding is that the appellant did not raise it during his trial. No explanation was proffered as to why this was so. This is a circumstance which goes to the bona fides of the action and militates against the exercise of the court's discretion to grant leave to amend. I would accordingly dismiss the action against the respondents.

Carruthers J. made no order as to costs in dismissing the action. I would also propose that there be no order as to costs.

Appeal allowed.

**Her Majesty The Queen in Right of
Ontario** *Appellant*

v.

**974649 Ontario Inc. c.o.b. as
Dunedin Construction (1992) and Bob
Hoy** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of British Columbia, the
Attorney General for Alberta and the
Criminal Lawyers' Association of
Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. 974649 ONTARIO INC.**

Neutral citation: **2001 SCC 81.**

File No.: 27084.

2000: December 6; 2001: December 6.

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
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Provincial offences courts — Whether justice of the peace acting under provincial offences legislation has power to order costs against Crown for Charter breach — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.

The respondents were charged under the Ontario *Occupational Health and Safety Act* with failing to comply with safety requirements on a construction project. The respondents requested that the appellant Crown disclose, among other items, a copy of the Prosecution Approval Form. The Crown twice refused to disclose the form on the ground that it was protected by solicitor-client privilege. A justice of the peace acting as a trial justice under the *Provincial Offences Act* ("POA") held that the Crown's failure to disclose this form amounted to a violation of the respondents' rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The justice of the peace

**Sa Majesté la Reine du chef de
l'Ontario** *Appelante*

c.

**974649 Ontario Inc. faisant affaire sous le
nom de Dunedin Construction (1992) et Bob
Hoy** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de la Colombie-
Britannique, le procureur général de
l'Alberta et la Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. 974649 ONTARIO INC.**

Référence neutre : **2001 CSC 81.**

N° du greffe : 27084.

2000 : 6 décembre; 2001 : 6 décembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Tribunal des infractions provinciales — Le juge de paix agissant en vertu de la Loi sur les infractions provinciales a-t-il le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.

Les intimés ont été accusés, en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario, de ne pas avoir respecté les règles de sécurité sur un chantier de construction. Ils ont demandé à la Couronne de leur communiquer, entre autres choses, une copie du formulaire autorisant l'engagement de poursuites. La Couronne a, à deux reprises, refusé de communiquer ce document, invoquant le secret professionnel de l'avocat. Le juge de paix qui a présidé le procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* (« LIP ») a conclu que le défaut de la Couronne de communiquer le formulaire en question constituait une atteinte aux droits garantis aux

ordered the Crown to disclose the form and to pay the costs of the respondents' disclosure motion. The Crown disclosed the form, but successfully applied to the Ontario Court (General Division) to have the order for costs quashed on the basis that a provincial offences court is not a "court of competent jurisdiction" to direct such an order under s. 24(1) of the *Charter*. The Court of Appeal held that a justice operating under the *POA* does have the power to issue such an order and allowed the appeal. It remanded the case to the General Division to determine whether in the circumstances of the case he erred in granting costs.

Held: The appeal should be dismissed. A justice of the peace presiding at a trial under the *POA* has power to order legal costs against the Crown for a *Charter* breach.

If a government action is inconsistent with the *Charter*, s. 24 provides remedies for the inconsistency. Section 24(1) permits a "court of competent jurisdiction" to provide "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". A "court of competent jurisdiction" is one that possesses (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy. The court should interpret s. 24 of the *Charter* to facilitate direct access to appropriate and just *Charter* remedies, while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of Parliament and the legislatures in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals.

A legislative grant of remedial power under s. 24 may be either express or implied. A "functional and structural" approach to determining whether a tribunal is competent to grant *Charter* remedies under s. 24(2) accords with the approach to discerning the implied powers of statutory bodies; with the test established for determining whether a tribunal has jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; and with the principles underlying s. 24. It strikes a balance between meaningful access to *Charter* relief and deference to the role of the legislatures, and promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief. At the same time, Parliament and the legislatures, subject to constitutional constraints, may expressly or impliedly withhold the power to grant any or all *Charter* remedies. Whether Parliament or

intimés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de paix a ordonné à la Couronne de communiquer le formulaire et de payer aux intimés les dépens afférents à leur requête en communication. La Couronne a communiqué le formulaire, mais a demandé avec succès à la Cour de l'Ontario (Division générale) l'annulation de l'ordonnance la condamnant aux dépens, pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n'était pas un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour rendre une telle ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que le juge agissant en vertu de la *LIP* avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance et a accueilli l'appel. Elle a renvoyé l'affaire à la Division générale pour que celle-ci décide si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge avait fait erreur en accordant les dépens.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le juge de paix qui préside un procès en vertu de la *LIP* a le pouvoir de condamner la Couronne à payer les frais de justice en cas de violation de la *Charte*.

Si un acte du gouvernement est contraire à la *Charte*, l'art. 24 établit le droit d'obtenir réparation à cet égard. Le paragraphe 24(1) permet à « un tribunal compétent » d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a (1) compétence sur l'intéressé, (2) compétence sur l'objet du litige, et (3) compétence pour accorder la réparation demandée. Les tribunaux doivent interpréter l'art. 24 d'une manière propre à faciliter l'accès direct aux réparations convenables et justes prévues par la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au Parlement et aux législatures, savoir celui de fixer la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs.

Le pouvoir de réparation visé à l'art. 24 peut être accordé de façon explicite ou implicite dans une loi. L'approche « fonctionnelle et structurelle » appliquée pour déterminer si un tribunal a compétence pour accorder des réparations en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est compatible avec l'approche générale permettant de reconnaître les pouvoirs implicites des organismes créés par une loi, avec le critère établi pour décider si un tribunal est compétent pour examiner les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et avec les principes qui sous-tendent l'art. 24. L'approche fonctionnelle et structurelle permet de réaliser l'équilibre entre l'accès concret aux réparations prévues par la *Charte* et la déférence envers le rôle des législatures, en plus de favoriser l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant

a legislature intended to exclude a particular remedial power is determined by reference to the function the legislature has asked the tribunal to perform and the powers and processes with which it has furnished it.

Applying this approach to the *POA* suggests that provincial offences courts have power to award costs under s. 24(1). As quasi-criminal courts, they are the preferred forum, in terms of information, for issuing *Charter* remedies in cases before them, particularly where the *Charter* violation relates to the conduct of the trial. The legislature has given them a full complement of criminal law remedies to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just. Costs awards to discipline untimely disclosure are integrally connected to the function of the provincial offences court as a quasi-criminal trial court. Fracturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. The provincial offences court has detailed procedural rules, and abides by the standard rules of evidence. Judicial independence is required of justices of the peace. They receive legal training. The court's rulings are subject to appellate review, and there can be interveners on this appeal. Various considerations suggest that the fashioning of costs orders as a *Charter* remedy may be safely entrusted to provincial offences courts.

In sum, the function and structure of the *POA* indicate that the legislature intended the *POA* court to deal with *Charter* issues incidental to its process that it is suited to resolve. *POA* justices may thus be assumed, absent a contrary indication, to possess the power to order payment of legal costs by the Crown as a remedy for *Charter* violations arising from untimely disclosure.

des juridictions compétentes pour les accorder. Par ailleurs, sous réserve des limites d'ordre constitutionnel, le Parlement et les législatures peuvent priver explicitement ou implicitement un tribunal du pouvoir d'accorder soit toute réparation fondée sur la *Charte* soit l'une ou l'autre de ces réparations. Pour décider si le Parlement ou la législature concernée entendait exclure un pouvoir de réparation donné, on examine la fonction qu'il a demandé au tribunal d'accomplir, ainsi qu'aux pouvoirs et procédures dont celui-ci a été doté.

L'application de cette approche à la *LIP* suggère que le tribunal des infractions provinciales a le pouvoir d'accorder les dépens en vertu du par. 24(1). En tant que juridiction quasi criminelle, le tribunal des infractions provinciales constitue, du point de vue de la connaissance des faits, la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, particulièrement lorsque la violation de la *Charte* est liée au déroulement du procès. La législature l'a doté de toute la panoplie des réparations du droit criminel pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et pour garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste. Le prononcé d'une condamnation aux dépens pour sanctionner la communication tardive d'éléments de preuve fait partie intégrante du rôle du tribunal des infractions provinciales en tant que cour de juridiction quasi criminelle. Le fait de diviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Le tribunal des infractions provinciales dispose de ses propres règles de procédure détaillées et il suit les règles de preuve ordinaires. Les juges de paix doivent être indépendants. Ils reçoivent une formation juridique. Les décisions du tribunal sont susceptibles de révision par voie d'appel et des intervenants peuvent participer à cet appel. Diverses considérations tendent à indiquer qu'on peut confier sans risque au tribunal des infractions provinciales la responsabilité d'élaborer des ordonnances en matière de dépens en tant que réparation fondée sur la *Charte*.

En résumé, la fonction et la structure de la *LIP* indiquent que la législature entendait que le tribunal de la *LIP* examine les questions incidentes liées à la *Charte* qui surviennent dans le cours de ses procédures et qu'il est apte à résoudre. Sauf indication contraire, on peut donc présumer que les juges de la *LIP* possèdent le pouvoir d'ordonner à la Couronne de payer les frais de justice à titre de réparation pour les violations de la *Charte* découlant du défaut de communiquer la preuve en temps utile.

Cases Cited

Followed: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; **referred to:** *R. v. Mardave Construction (1990) Ltd.*, Ont. Ct. (Prov. Div.), January 10, 1994; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60; *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *R. v. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612; *R. v. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65; *R. v. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 4.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mardave Construction (1990) Ltd.*, C. Ont. (Div. prov.), 10 janvier 1994; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60; *Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *R. c. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612; *R. c. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65; *R. c. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 4.

Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33, ss. 2(1), 90.

Rules of the Court of Appeal in Appeals Under the Provincial Offences Act, O. Reg. 721/94, Rule 21(1).

Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings, R.R.O. 1990, Reg. 200.

Authors Cited

Drinkwater, W. Douglas, and J. Douglas Ewart. *Ontario Provincial Offences Procedure*. Toronto: Carswell, 1980.

Halsbury's Laws of England, vol. 44(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1995.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vols. 3 and 4. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2001, release 1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 42 O.R. (3d) 354, 166 D.L.R. (4th) 593, 114 O.A.C. 258, 130 C.C.C. (3d) 1, 39 C.C.E.L. (2d) 1, 58 C.R.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 4735 (QL), allowing the appellant's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1995), 25 O.R. (3d) 420, 101 C.C.C. (3d) 48, [1995] O.J. No. 2330 (QL), granting the appellant's application for judicial review. Appeal dismissed.

Hart Schwartz and Line Forestier, for the appellant.

Norman A. Keith and Rebecca K. Saturley, for the respondents.

Nancy L. Irving and Peter De Freitas, for the intervener the Attorney General of Canada.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *James A. Bowron*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Kent Roach, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33, art. 2(1), 90.

Règles de la Cour d'appel relatives aux appels interjetés en vertu de la Loi sur les infractions provinciales de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 721/94, règle 21(1).

Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings, R.R.O. 1990, Règl. 200.

Doctrine citée

Drinkwater, W. Douglas, and J. Douglas Ewart. *Ontario Provincial Offences Procedure*. Toronto : Carswell, 1980.

Halsbury's Laws of England, vol. 44(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London : Butterworths, 1995.

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vols. 3 and 4. Toronto : Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2001, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 42 O.R. (3d) 354, 166 D.L.R. (4th) 593, 114 O.A.C. 258, 130 C.C.C. (3d) 1, 39 C.C.E.L. (2d) 1, 58 C.R.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 4735 (QL), qui a accueilli un appel d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 25 O.R. (3d) 420, 101 C.C.C. (3d) 48, [1995] O.J. No. 2330 (QL), qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante. Pourvoi rejeté.

Hart Schwartz et Line Forestier, pour l'appelante.

Norman A. Keith et Rebecca K. Saturley, pour les intimés.

Nancy L. Irving et Peter De Freitas, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *James A. Bowron*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Kent Roach, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

I. Introduction

1 This appeal raises the issue of whether a provincial court justice acting under the Ontario *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33 (“POA”), has the power to order costs against the Crown for failure to comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While on its face a matter of procedure, the issue is of importance. To the extent that it is difficult or impossible to obtain remedies for *Charter* breaches, the *Charter* ceases to be an effective instrument for maintaining the rights of Canadians.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge agissant en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33 (« *LIP* »), peut condamner la Couronne aux dépens pour cause de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien qu’il s’agisse à première vue d’une question d’ordre procédural, elle n’en est pas moins importante. Dans la mesure où il est difficile ou impossible d’obtenir réparation en cas de violation de la *Charte*, celle-ci cesse de protéger efficacement les droits des Canadiens.

2 The respondents were charged under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, with failing to comply with safety requirements on a construction project. The prosecution proceeded. The respondents requested that the Crown disclose, among other items, a copy of the Prosecution Approval Form. This form is routinely prepared by Ministry of Labour inspectors when deciding whether to lay charges under the *Occupational Health and Safety Act*. The Crown twice refused to disclose the form on the ground that it was protected by solicitor-client privilege. A justice of the peace acting as a trial justice under the *POA* held that the Crown’s failure to disclose this form amounted to a violation of the respondents’ rights under the *Charter*.

Les intimés ont été accusés, en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, de ne pas avoir respecté les règles de sécurité sur un chantier de construction. Des poursuites ont été intentées. Les intimés ont demandé à la Couronne de leur communiquer, entre autres choses, une copie du formulaire autorisant l’engagement de poursuites. Les inspecteurs du ministère du Travail remplissent systématiquement ce formulaire lorsqu’ils décident de l’à-propos de porter des accusations en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*. La Couronne a, à deux reprises, refusé de communiquer ce document, invoquant le secret professionnel de l’avocat. Le juge de paix qui a présidé le procès en vertu de la *LIP* a conclu que le défaut de la Couronne de communiquer le formulaire en question constituait une atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux intimés.

3 The justice of the peace ordered the Crown to disclose the form and to pay the costs of the respondents’ disclosure motion. The Crown disclosed the form, but successfully applied to have the order for costs quashed on the basis that a provincial offences court is not a “court of competent jurisdiction” to direct such an order under s. 24(1) of the *Charter*. The Ontario Court of Appeal held that a justice

Il a ordonné à la Couronne de communiquer le formulaire et de payer aux intimés les dépens afférents à leur requête en communication. La Couronne a communiqué le formulaire, mais a demandé avec succès l’annulation de l’ordonnance la condamnant aux dépens pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n’était pas un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la

operating under the *POA* does have the power to issue such an order and allowed the appeal. The Crown appeals that order to this Court.

I conclude that a trial justice acting under the Ontario *POA* has power to order legal costs against the Crown for a *Charter* breach.

II. Constitutional and Statutory Provisions

Section 24 of the *Charter* provides as follows:

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.

(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.

Section 90 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, provides as follows:

90. (1) The validity of any proceeding is not affected by,

- (a) any irregularity or defect in the substance or form of the summons, warrant, offence notice, parking infraction notice, undertaking to appear or recognizance; or
- (b) any variance between the charge set out in the summons, warrant, parking infraction notice, offence notice, undertaking to appear or recognizance and the charge set out in the information or certificate.

(2) Where it appears to the court that the defendant has been misled by any irregularity, defect or variance mentioned in subsection (1), the court may adjourn the hearing and may make such order as the court considers appropriate, including an order under section 60 for the payment of costs.

Charte pour rendre une telle ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que le juge agissant en vertu de la *LIP* avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance et a accueilli l'appel. La Couronne se pourvoit contre cette ordonnance auprès de notre Cour.

Je conclus que les juges qui président les procès en vertu de la *LIP* de l'Ontario ont le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la *Charte*.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

L'article 24 de la *Charte* est ainsi rédigé :

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.

(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.

L'article 90 de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, prévoit ce qui suit :

90 (1) Ne portent pas atteinte à la validité d'une instance :

- a) les irrégularités ou les vices de fond ou de forme dans l'assignation, le mandat, l'avis d'infraction, l'avis d'infraction de stationnement, la promesse de comparaître ou l'engagement;
- b) les divergences entre l'accusation énoncée dans l'assignation, le mandat, l'avis d'infraction de stationnement, l'avis d'infraction, la promesse de comparaître ou l'engagement et celle énoncée dans la dénonciation ou le procès-verbal.

(2) Si le tribunal estime que le défendeur a été induit en erreur par une irrégularité, un vice ou une divergence mentionnées au paragraphe (1), il peut ajourner l'audience et rendre l'ordonnance qu'il juge appropriée, y compris ordonner le paiement de dépens aux termes de l'article 60.

4

5

6

III. Judgments

A. *Ontario Court (Provincial Division)* (March 23, 1995)

7 Justice of the peace Harris found that the Crown had failed in its duty of disclosure by withholding the requested Prosecution Approval Form, but refused to stay the proceedings or quash the charges. Instead, he ordered production of the document to the respondents and awarded costs in the amount of \$2000. In reaching this conclusion, he relied on *R. v. Mardave Construction (1990) Ltd.*, Ont. Ct. (Prov. Div.), January 10, 1994, which held that the disclosure of the Prosecution Approval Form by the Ministry of Labour is an essential element of the Crown's duty of full and complete disclosure.

B. *Ontario Court (General Division)* (1995), 25 O.R. (3d) 420

8 McRae J. of the Ontario Court (General Division) quashed this order on the ground that a provincial offences court does not have jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* to award costs against the Crown for violations of an accused's *Charter* rights. Citing *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, McRae J. held that a POA trial court could constitute a "court of competent jurisdiction" to issue such an award under s. 24(1) only if it enjoyed jurisdiction over the person, jurisdiction over the offence or subject matter, and power to grant the remedy sought. Since the first two elements of this test were clearly satisfied, his analysis addressed the final issue of whether a trial justice operating under the POA is empowered, independently of the *Charter*, to issue an award of costs.

9 McRae J. concluded that the POA does not confer jurisdiction to award legal fees; in fact, he observed that the history and structure of the POA evinced a

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)* (23 mars 1995)

Le juge de paix Harris a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation en matière de communication de la preuve en ne produisant pas le formulaire autorisant l'engagement de poursuites qui était demandé, mais il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures ou d'annuler les accusations. Il a plutôt ordonné la production du document aux intimés et leur a accordé la somme de 2000 \$ au titre des dépens. Il a tiré cette conclusion en s'appuyant sur l'affaire *R. c. Mardave Construction (1990) Ltd.*, C. Ont. (Div. prov.), 10 janvier 1994, dans laquelle il a été jugé que la communication du formulaire par le ministère du Travail était un aspect essentiel de l'obligation de communication complète et intégrale de la preuve par la Couronne.

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1995), 25 O.R. (3d) 420

Le juge McRae de la Cour de l'Ontario (Division générale) a annulé cette ordonnance pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n'a pas compétence, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, pour condamner la Couronne aux dépens en cas de violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Se référant à l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McRae a conclu que la juridiction de jugement dans le cadre d'une instance fondée sur la LIP peut constituer un « tribunal compétent » pour accorder une telle réparation en vertu du par. 24(1), seulement si elle a compétence sur l'intéressé ainsi que sur l'infraction ou l'objet du litige et si elle possède le pouvoir d'accorder la réparation demandée. Comme les deux premiers éléments de ce critère étaient clairement respectés, il a fait porter son analyse sur le dernier point, la question de savoir si le juge présidant un procès en vertu de la LIP a le pouvoir, indépendamment de la *Charte*, de prononcer une ordonnance relative aux dépens.

Le juge McRae a conclu que la LIP ne conférait pas compétence pour adjuger les frais de justice. En fait, il a souligné que l'historique et l'économie de

clear legislative intention to preclude such awards. Further, he concluded that the Provincial Division, as a statutory court, has no inherent or additional jurisdiction with respect to the award of costs against the Crown in provincial offences proceedings. Absent statutory or inherent jurisdiction to order costs under the *POA*, McRae J. held that such jurisdiction could not flow under s. 24(1). In this regard, he distinguished a series of cases where such jurisdiction was found in provincial courts operating under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, noting that these cases involved the expansion of existing statutory authority to order costs against the Crown. Since the provincial offences court lacked this original jurisdiction, it could not constitute a “court of competent jurisdiction” to order the remedy sought in this case.

C. *Ontario Court of Appeal* (1998), 42 O.R. (3d) 354

The Ontario Court of Appeal, *per* O’Connor J.A., allowed the appeal on the basis that s. 90(2) of the *POA* empowers a provincial offences court to order costs against the Crown, albeit in limited circumstances, and that this sufficed to establish jurisdiction under s. 24(1) to make an award of costs for a *Charter* breach.

O’Connor J.A. noted that the discretion conferred by s. 90(2) on *POA* justices to “make such order as the court considers appropriate” is exceedingly broad on its face. Moreover, he found nothing in the language or scheme of s. 90(2), or the *POA* as a whole, that indicated an intention to limit or restrict the ordinary meaning of this provision. Consequently, he concluded at p. 360 that s. 90(2), unlike the other costs provisions in the *POA*, “confers a broad and general power that includes, but ... is not limited to, ordering the payment of witness costs”. This power extends to the award of legal

la *LIP* faisaient ressortir l’intention claire du législateur de ne pas accorder ce pouvoir. Il a ajouté que, en tant que tribunal créé par une loi, la Division provinciale n’avait aucune compétence inhérente ou supplémentaire l’habilitant à condamner la Couronne aux dépens dans le cadre de procédures relatives aux infractions provinciales. Le juge McRae a estimé que, en l’absence de compétence inhérente ou prévue par la loi permettant de statuer sur les dépens en vertu de la *LIP*, cette compétence ne pouvait découler du par. 24(1). À cet égard, il a distingué la présente affaire d’une série de décisions dans lesquelles il a été jugé que les cours provinciales agissant en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, possédaient cette compétence, soulignant que ces décisions concernaient l’élargissement du pouvoir d’origine législative existant de condamner la Couronne aux dépens. Étant donné que le tribunal des infractions provinciales ne disposait pas de cette compétence initiale, il ne pouvait être un « tribunal compétent » pour ordonner la réparation demandée en l’espèce.

C. *Cour d’appel de l’Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 354

La Cour d’appel de l’Ontario, sous la plume du juge O’Connor, a accueilli l’appel pour le motif que le par. 90(2) de la *LIP* habilitait le tribunal des infractions provinciales à condamner la Couronne aux dépens — quoique dans des circonstances limitées — et que cela suffisait pour établir l’existence de la compétence de prononcer, en vertu du par. 24(1), une ordonnance relative aux dépens en cas de violation de la *Charte*.

Le juge O’Connor a souligné que le pouvoir discrétionnaire de « rendre l’ordonnance qu’il juge appropriée » qui est conféré par le par. 90(2) au juge de la *LIP* est à première vue extrêmement large. Qui plus est, il n’a rien vu dans le texte ou l’économie du par. 90(2) ou dans la *LIP* considérée globalement qui indiquait l’intention de restreindre le sens ordinaire de cette disposition. Il a en conséquence conclu que, contrairement aux autres dispositions relatives aux dépens figurant dans la *LIP*, le par. 90(2) [TRADUCTION] « confère un pouvoir large et général qui permet notamment d’ordonner

10

11

costs against the Crown where the court is satisfied that the defendant has been misled by certain procedural irregularities, as set out under s. 90(1).

le paiement des frais des témoins » (p. 360). Ce pouvoir autorise également le tribunal à condamner la Couronne au paiement des frais de justice, lorsqu'il estime que le défendeur a été induit en erreur par certaines irrégularités procédurales prévues au par. 90(1).

12 The remaining question was whether this narrow remedial jurisdiction under the *POA* satisfies the requirement of “power to grant the remedy sought” necessary to constitute a court of competent jurisdiction under s. 24(1). O’Connor J.A. concluded that it did. Even a narrowly prescribed authority to issue a remedy, in his opinion, suffices to enable the court to make the same type of remedial order for a *Charter* breach. Where, as here, a court has the power to make the type of order sought (i.e. for legal costs) independently of the *Charter*, even in very limited circumstances, it also has the power to make the same order for a *Charter* breach under s. 24(1). Having concluded that justice of the peace Harris had jurisdiction to make the costs award for the *Charter* breach, the Court of Appeal remanded the case to the General Division to determine whether in the circumstances of the case he erred in granting costs.

La dernière question à trancher était de savoir si la compétence limitée en matière de réparation prévue par la *LIP* satisfaisait la condition exigeant que le tribunal concerné ait le « pouvoir d’accorder la réparation demandée » nécessaire pour être un tribunal compétent au sens du par. 24(1). Le juge O’Connor a estimé que tel était le cas. À son avis, même un pouvoir de réparation restreint suffit pour habilitier le tribunal à rendre le même genre d’ordonnance réparatrice en cas de violation de la *Charte*. Lorsque, comme en l’espèce, le tribunal a le pouvoir de rendre le genre d’ordonnance demandée (c.-à-d. relative aux frais de justice) indépendamment de la *Charte*, même dans des circonstances très limitées, il a également le pouvoir de rendre la même ordonnance en vertu du par. 24(1) pour cause de violation de la *Charte*. Ayant conclu que le juge de paix Harris avait compétence pour adjuger les dépens à l’égard de la violation de la *Charte*, la Cour d’appel a renvoyé l’affaire à la Division générale pour que celle-ci décide si, eu égard aux circonstances de l’espèce, le juge de paix Harris avait fait erreur en les accordant.

IV. Issue

IV. La question en litige

13 The sole issue is whether a trial justice acting under the Ontario *Provincial Offences Act* has the power to award costs for a *Charter* breach.

La seule question en litige est de savoir si le juge qui préside un procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l’Ontario a le pouvoir d’adjuger les dépens pour cause de violation de la *Charte*.

V. Analysis

V. L’analyse

14 The *Charter* guarantees the fundamental rights and freedoms of all Canadians. It does this through two kinds of provisions. The first are provisions describing the rights and freedoms guaranteed. The second are provisions providing remedies or sanctions for breaches of these rights. If a law is inconsistent with the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that it is invalid to the extent of

La *Charte* garantit les droits et libertés fondamentaux de tous les Canadiens. Elle le fait au moyen de deux types de dispositions. Les premières décrivent les droits et libertés garantis. Les deuxièmes établissent les réparations ou sanctions applicables en cas d’atteintes à ces droits. Les dispositions de toute règle de droit incompatibles avec la *Charte* sont rendues inopérantes par l’effet de

the inconsistency. On the other hand, if a government action is inconsistent with the *Charter*, s. 24 provides remedies for the inconsistency. If the violation produced evidence that the Crown seeks to use against the accused, s. 24(2) provides that the court must exclude the evidence if its admission would bring the administration of justice into disrepute. In other cases, s. 24(1) permits a “court of competent jurisdiction” to provide “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. If a remedy is to be had in the instant case, it must issue under s. 24(1).

The essential issue is whether the trial justice who ordered the Crown to pay costs is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) to make such an award. This Court has considered the attributes of a “court of competent jurisdiction” on a number of occasions, commencing with its seminal decision in *Mills, supra*. In that case, Lamer J. (as he then was), with whom all agreed on this point, defined a “court of competent jurisdiction” as one that possesses (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy (p. 890). Subsequent decisions of this Court have affirmed this three-tiered test for identifying the courts and tribunals competent to issue *Charter* remedies under s. 24: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75. Only where a court or tribunal possesses all three attributes is it considered a “court of competent jurisdiction” for the purpose of ordering the desired *Charter* relief under s. 24.

In the present case, the jurisdiction of the provincial offences court over the parties and the subject matter is uncontested. The dispute between the parties centres on the third and final attribute of a court of competent jurisdiction: the power to grant the remedy sought. In determining whether the POA justice in this case possessed the “power to grant the remedy sought”, namely legal costs, we are guided

l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D’autre part, si un acte du gouvernement est contraire à la *Charte*, l’art. 24 établit le droit d’obtenir réparation à cet égard. Si la violation a permis d’obtenir des éléments de preuve que la Couronne entend utiliser contre l’accusé, le par. 24(2) prescrit que le tribunal doit les écarter si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Dans les autres cas, le par. 24(1) permet à un « tribunal compétent » d’accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». S’il y a lieu d’accorder une réparation en l’espèce, elle doit l’être en vertu du par. 24(1).

La question fondamentale consiste à déterminer si le juge qui a ordonné à la Couronne de payer les dépens est « un tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour rendre une telle ordonnance. Notre Cour a examiné les attributs d’un « tribunal compétent » à plusieurs reprises depuis son arrêt de principe en la matière, l’arrêt *Mills*, précité. Dans cette affaire, le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada), avec l’appui des autres juges sur ce point, a défini un « tribunal compétent » comme étant un tribunal qui a (1) compétence sur l’intéressé, (2) compétence sur l’objet du litige, et (3) compétence pour accorder la réparation demandée (p. 890). Dans des arrêts ultérieurs, notre Cour a confirmé ce critère à trois volets permettant d’identifier les tribunaux judiciaires et administratifs qui sont compétents pour accorder des réparations fondées sur l’art. 24 de la *Charte* : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75. Ce n’est que dans les cas où le tribunal judiciaire ou administratif concerné possède les trois attributs qu’il est considéré comme un « tribunal compétent » pour accorder la réparation voulue en vertu de l’art. 24 de la *Charte*.

En l’espèce, personne ne conteste la compétence du tribunal des infractions provinciales sur les parties et sur l’objet du litige. Le différend entre les parties porte sur le troisième et dernier attribut d’un tribunal compétent : le pouvoir d’accorder la réparation demandée. Pour déterminer si, en l’espèce, le juge de la *LIP* possédait le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », à savoir les frais de justice,

by the principles set out in previous decisions, and the approach these decisions mandate to interpreting s. 24 of the *Charter*.

A. *Section 24: Principles of Interpretation*

17 In interpreting the phrase “court of competent jurisdiction”, we must keep in mind four related propositions. These propositions have informed the Court’s approach to s. 24 since it first considered this provision in *Mills*.

18 First, s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation. This section forms a vital part of the *Charter*, and must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134. Moreover, it is remedial, and hence benefits from the general rule of statutory interpretation that accords remedial statutes a “large and liberal” interpretation: *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, at p. 458; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at para. 21. Finally, and most importantly, the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights. In *Mills*, McIntyre J. observed at p. 965 that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”. This broad remedial mandate for s. 24(1) should not be frustrated by a “[n]arrow and technical” reading of the provision (see *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 366).

19 The second proposition flows from the first: s. 24 must be interpreted in a way that achieves its

nous suivons les principes énoncés dans les arrêts antérieurs et l’approche prescrite par ceux-ci aux fins d’interprétation de l’art. 24 de la *Charte*.

A. *L’article 24 : principes d’interprétation*

Dans l’interprétation de l’expression « tribunal compétent », nous devons garder à l’esprit quatre propositions connexes, qui inspirent l’approche appliquée par notre Cour pour l’interprétation de l’art. 24 depuis qu’elle a examiné cette disposition pour la première fois dans l’arrêt *Mills*.

Premièrement, comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1134. Il s’agit en outre d’une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d’interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » : *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, p. 458; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 21. Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu’« [i]l est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition (voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 366).

La deuxième proposition découle de la première : il faut interpréter l’art. 24 de façon à permettre la

purpose of upholding *Charter* rights by providing effective remedies for their breach. If the Court's past decisions concerning s. 24(1) can be reduced to a single theme, it is that s. 24(1) must be interpreted in a manner that provides a full, effective and meaningful remedy for *Charter* violations: *Mills*, *supra*, at pp. 881-82 (*per* Lamer J.), p. 953 (*per* McIntyre J.); *Mooring*, *supra*, at paras. 50-52 (*per* Major J.). As Lamer J. observed in *Mills*, s. 24(1) "establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of *Charter* rights" (p. 881). Through the provision of an enforcement mechanism, s. 24(1) "above all else ensures that the *Charter* will be a vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians" (p. 881).

Section 24(1)'s interpretation necessarily resonates across all *Charter* rights, since a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach. From the outset, this Court has characterized the purpose of s. 24(1) as the provision of a "direct remedy" (*Mills*, *supra*, p. 953, *per* McIntyre J.). As Lamer J. stated in *Mills*, "[a] remedy must be easily available and constitutional rights should not be 'smothered in procedural delays and difficulties'" (p. 882). Anything less would undermine the role of s. 24(1) as a cornerstone upon which the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are founded, and a critical means by which they are realized and preserved.

The third proposition guiding the interpretation of s. 24 is that subs. (1) and (2) must be read together to create a harmonious interpretation. The conjunction of the two subsections, one dealing with remedies in general and the other dealing with exclusion of evidence that would bring the administration of justice into disrepute, suggests that both are concerned with providing remedies for *Charter* breaches. Moreover, the remedies under each of the two subsections are confined to "court[s] of competent jurisdiction". Thus this phrase must be

réalisation de son objet, qui est de protéger les droits garantis par la *Charte* en assurant des réparations efficaces en cas d'atteintes à ceux-ci. Si la jurisprudence de notre Cour concernant le par. 24(1) peut être réduite à un thème, on peut dire que le par. 24(1) doit être interprété de manière à assurer une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la *Charte* : *Mills*, précité, p. 881-882 (le juge Lamer), p. 953 (le juge McIntyre); *Mooring*, précité, par. 50-52 (le juge Major). Comme l'a indiqué le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, le par. 24(1) « fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte* » (p. 881). C'est l'établissement d'une voie de recours par le par. 24(1) qui « avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens » (p. 881).

L'effet de l'interprétation du par. 24(1) se répercute nécessairement sur tous les droits garantis par la *Charte*, puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus. Dès le départ, notre Cour a jugé que le par. 24(1) avait pour objet de fournir une « réparation directe » (*Mills*, précité, p. 953, le juge McIntyre). Pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, « [l]a réparation doit pouvoir s'obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] "étouffés dans les délais et les difficultés de procédure" » (p. 882). Exiger moins minerait le rôle que joue le par. 24(1) en tant que pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la *Charte* et que mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection.

Selon la troisième proposition guidant l'interprétation de l'art. 24, les par. 24(1) et (2) doivent être lus en corrélation pour créer une interprétation harmonieuse. La combinaison des deux paragraphes, l'un portant sur les réparations en général et l'autre sur l'exclusion des éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice, tend à indiquer qu'ils visent tous deux à fournir des réparations à l'égard des violations de la *Charte*. De plus, seuls les « tribunaux compétents » peuvent accorder les réparations

20

21

interpreted in a way that produces just and workable results for both the grant of general remedies and the exclusion of evidence in particular.

22 The final proposition is that s. 24 should not be read so broadly that it endows courts and tribunals with powers that they were never intended to exercise. The jurisdictions of Canada's various courts and tribunals are fixed by Parliament and the legislatures, not by judges: *Mills, supra*, at p. 952 (*per* McIntyre J.). It is Parliament or the legislature that determines if a court or tribunal is a "court of competent jurisdiction": *Weber, supra*, at para. 65. Legislative intention is the guiding light in identifying courts of competent jurisdiction.

23 As McIntyre J. cautioned in *Mills, supra*, at p. 953, the *Charter* was not intended to "turn the Canadian legal system upside down". The task facing the court is to interpret s. 24(1) in a manner that provides direct access to *Charter* remedies while respecting, so far as possible, "the existing jurisdictional scheme of the courts": *Mills*, at p. 953 (*per* McIntyre J.); see also the comments of La Forest J. (at p. 971) and Lamer J. (at p. 882) in the same case; and *Weber, supra*, at para. 63. The framers of the *Charter* did not intend to erase the constitutional distinctions between different types of courts, nor to intrude on legislative powers more than necessary to achieve the aims of the *Charter*.

24 In summary, the task of the court in interpreting s. 24 of the *Charter* is to achieve a broad, purposive interpretation that facilitates direct access to appropriate and just *Charter* remedies under ss. 24(1) and (2), while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of Parliament and the legislatures in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals. With these

prévues par ces deux paragraphes. Par conséquent, il faut interpréter cette expression de façon à produire des résultats justes et applicables en ce qui concerne l'octroi de réparations en général et l'exclusion d'éléments de preuve en particulier.

Conformément à la dernière proposition, l'art. 24 ne doit pas être interprété de façon si large qu'il aurait pour effet d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont jamais été censés exercer. Ce sont le Parlement et les législatures, et non pas les juges, qui définissent la compétence des différents tribunaux judiciaires et administratifs canadiens : *Mills*, précité, p. 952 (le juge McIntyre). C'est le Parlement ou la législature concernée qui décide si un tribunal judiciaire ou administratif est un « tribunal compétent » : *Weber*, précité, par. 65. L'intention du législateur est le phare qui permet d'identifier les tribunaux compétents.

Conformément à la mise en garde faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *Mills*, précité, p. 953, la *Charte* n'est pas censée « provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien ». Les tribunaux ont pour tâche d'interpréter le par. 24(1) de manière à permettre aux justiciables d'avoir accès directement aux réparations prévues par la *Charte*, tout en respectant, dans la mesure du possible, « le régime existant de compétence des tribunaux » : *Mills*, p. 953 (le juge McIntyre); voir aussi les commentaires des juges La Forest (à la p. 971) et Lamer (à la p. 882) dans le même arrêt; et *Weber*, précité, par. 63. Les rédacteurs de la *Charte* ne voulaient pas supprimer les distinctions que fait la Constitution entre les différents types de tribunaux ni empiéter plus que de besoin sur les pouvoirs législatifs pour réaliser les objectifs de la *Charte*.

En résumé, le tribunal appelé à interpréter l'art. 24 de la *Charte* doit faire une interprétation large et téléologique, propre à faciliter l'accès direct aux réparations convenables et justes prévues par les par. 24(1) et (2) de la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au Parlement et aux législatures, savoir celui de fixer

guiding principles in mind, I return to the question at the heart of this appeal: when does a court or tribunal possess “power to grant the remedy sought”, such that it satisfies the final branch of the *Mills* test of a court of competent jurisdiction?

B. *When Does a Court or Tribunal Have the “Power to Grant the Remedy Sought”?*

Whether a court or tribunal enjoys the “power to grant the remedy sought” is, first and foremost, a matter of discerning the intention of Parliament or the Legislature. The governing question in every case is whether the legislator endowed the court or tribunal with the power to pronounce on *Charter* rights and to grant the remedy sought for the breach of these rights.

Section 24 does not confer jurisdiction on any court or tribunal; rather, the power of the tribunal to grant the remedy sought must emanate from a source other than the *Charter* itself: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 222. Where, as here, the tribunal in question is a creature of statute, this power must derive from its enabling legislation. It is a fundamental principle that statutory bodies may perform only those tasks assigned to them by Parliament or one of the provincial legislatures, and in performing those tasks they have at their disposal only those powers granted to them expressly or impliedly: *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, at p. 602; R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 23-17 *et seq.* The enactment of the *Charter* did not alter this fundamental tenet: it remains the role of Parliament and the legislatures, and not the judiciary, to assign jurisdiction to the various courts and tribunals comprising our legal system.

la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs. Gardant ces principes directeurs à l’esprit, je reviens à la question qui est au cœur du présent pourvoi : Dans quels cas un tribunal judiciaire ou administratif possède-t-il le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », respectant ainsi le dernier volet du critère établi dans *Mills* pour déterminer si un organisme donné est un tribunal compétent?

B. *Quand un tribunal judiciaire ou administratif a-t-il le « pouvoir d’accorder la réparation demandée »?*

Pour déterminer si un tribunal judiciaire ou administratif possède le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », il faut d’abord et avant tout dégager l’intention du Parlement ou de la législature. La question déterminante dans chaque cas est de savoir si le législateur a investi le tribunal en question du pouvoir de statuer sur les droits garantis par la *Charte* et d’accorder la réparation demandée en cas de violation de ces droits.

L’article 24 n’a pas pour effet de conférer compétence à quelque tribunal judiciaire ou administratif que ce soit; le pouvoir du tribunal d’accorder la réparation demandée doit émaner d’une autre source que la *Charte* elle-même : *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 222. Lorsque, comme en l’espèce, le tribunal a été créé par une loi, ce pouvoir doit découler de la loi habilitante. Selon un principe fondamental, les organismes créés par une loi ne peuvent accomplir que les tâches qui leur ont été confiées par le Parlement ou la législature provinciale concernée et, dans l’exécution de ces tâches, ils ne disposent que des pouvoirs qui leur ont été accordés explicitement ou implicitement : *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, p. 602; R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (éd. feuilles mobiles), vol. 3, p. 23-17 et suiv. L’édiction de la *Charte* n’a pas modifié ce précepte fondamental : il appartient toujours au Parlement et aux législatures, et non pas aux tribunaux, d’attribuer compétence aux tribunaux judiciaires et administratifs qui composent notre système judiciaire.

25

26

27

A legislative grant of remedial power under s. 24 may be either express or implied. It is express, for example, where the court or tribunal's constituting legislation explicitly authorizes the order sought as a remedy for *Charter* violations. Since the majority of existing courts and tribunals originated before the advent of the *Charter*, however, express conferral of authority is likely to prove rare. The more common scenario, and the one presented by the case at bar, arises where the court or tribunal's enabling legislation is silent on the issue of its remedial jurisdiction under the *Charter*. In such cases, the grant of "power to grant the remedy sought" under s. 24, if it exists, must be implied.

28

When is it appropriate to infer a legislative intention to empower a tribunal or court to grant the desired *Charter* relief? This question has elicited divergent responses in the lower courts and in the parties' submissions. Three competing approaches can be articulated. For the purposes of this discussion, they can be identified as the literal approach, the "type of" approach, and the functional and structural approach.

29

The literal approach is the most restrictive. It would recognize jurisdiction in a tribunal to issue a remedy under s. 24 only where that tribunal enjoys inherent or express statutory jurisdiction to grant the *Charter* remedy in question. Absent inherent jurisdiction to issue a *Charter* remedy, it could be found only where spelled out expressly in the tribunal's enabling legislation. This approach would virtually confine the power to grant *Charter* remedies under s. 24 to courts of inherent jurisdiction, since few if any statutory tribunals are endowed with express powers to grant *Charter* remedies. On this approach, the answer to the question of whether the trial justice in this case could make a costs order under s. 24(1) would clearly be no. The difficulty with this approach is that it arguably runs counter

Le pouvoir de réparation visé à l'art. 24 peut être accordé de façon explicite ou implicite dans une loi. Ce pouvoir est explicite quand, par exemple, la loi constitutive du tribunal judiciaire ou administratif concerné autorise explicitement l'ordonnance demandée en tant que réparation pour les violations de la *Charte*. Cependant, comme la plupart des tribunaux judiciaires et administratifs actuels existaient avant l'édiction de la *Charte*, il sera vraisemblablement rare de trouver une disposition attribuant expressément un tel pouvoir. La situation la plus fréquente est celle où, comme en l'espèce, la loi habilitante du tribunal judiciaire ou administratif est muette sur le pouvoir de celui-ci d'accorder des réparations en vertu de la *Charte*. Dans de tels cas, l'attribution du « pouvoir d'accorder la réparation demandée » en vertu de l'art. 24, si ce pouvoir existe, est nécessairement implicite.

Quand convient-il d'inférer que le législateur entendait investir le tribunal judiciaire ou administratif du pouvoir d'accorder la réparation voulue en vertu de la *Charte*? Cette question a reçu des réponses divergentes tant devant les juridictions inférieures que dans les observations des parties. Trois approches distinctes peuvent être dégagées. Pour les fins de la présente analyse, nous les appellerons l'approche littérale, l'approche fondée sur le « genre de réparation » et l'approche fonctionnelle et structurelle.

L'approche littérale est la plus restrictive. Suivant cette méthode, le tribunal aurait compétence pour accorder une réparation donnée en vertu de l'art. 24 uniquement lorsqu'il possède, soit de façon inhérente soit suivant les termes exprès de la loi, compétence pour accorder la réparation fondée sur la *Charte* dont il est question. En l'absence de compétence inhérente autorisant l'octroi d'une réparation fondée sur la *Charte*, la compétence ne peut exister que si la loi habilitante du tribunal la prévoit expressément. Cette approche aurait virtuellement pour effet de réserver aux seuls tribunaux possédant une compétence inhérente le pouvoir d'accorder des réparations en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, puisque peu ou pas de tribunaux créés par une loi sont investis du pouvoir explicite

to the broad remedial purpose of s. 24. Moreover, it renders s. 24(1) redundant. The Crown concedes that this approach to defining “power to grant the remedy sought” is overly restrictive.

The “type of” approach interprets the requirement of “power to grant the remedy sought” less restrictively, as requiring only that the tribunal have the authority to issue the “type of” remedy sought, independently of the *Charter*. On this view, a tribunal can issue the same “type of” remedies under s. 24(1) that it is empowered to issue under statute.

The Ontario Court of Appeal adopted this approach in the present case. O’Connor J.A., for the Court of Appeal, held that statutory authority to grant a particular remedy, even if its exercise is confined to very limited circumstances, is sufficient to empower the court to order the same type of remedy under s. 24(1). Having found that s. 90(2) of the *POA* confers the authority to order legal costs against the Crown, albeit in circumstances limited to addressing procedural irregularities, he concluded that the provincial offences court could order a costs award under s. 24(1) as a remedy for non-disclosure. The Alberta Court of Appeal adopted the same approach to defining the power to grant the remedy sought in *R. v. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60.

This approach has much to recommend it. Intuitively, tribunals should be able to grant *Charter* remedies similar to those they grant in other contexts. Yet it, too, is not without difficulty. The most

d’accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Selon cette approche, la réponse à la question de savoir si en l’espèce le juge du procès pouvait, en vertu du par. 24(1), rendre une ordonnance relative aux dépens serait clairement négative. Le problème que crée cette approche est que, peut-on soutenir, elle contrecarre le large objectif réparateur de l’art. 24. En outre, elle rend le par. 24(1) redondant. La Couronne concède que cette façon de définir le « pouvoir d’accorder la réparation demandée » est trop restrictive.

L’approche fondée sur le « genre de réparation » aboutit à une interprétation moins restrictive de la condition exigeant l’existence du « pouvoir d’accorder la réparation demandée », puisqu’elle requiert seulement que le tribunal ait le pouvoir d’accorder le « genre » de réparation demandée, indépendamment de la *Charte*. Selon ce point de vue, le tribunal peut accorder, en vertu du par. 24(1), le même « genre » de réparations que celles qu’il a le pouvoir d’accorder en vertu de la loi.

La Cour d’appel de l’Ontario a retenu cette approche en l’espèce. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge O’Connor a estimé que l’existence, dans une loi habilitante, du pouvoir d’accorder une réparation particulière — même si l’exercice de ce pouvoir est restreint à des circonstances très limitées — suffit pour habilitier le tribunal à ordonner le même genre de réparation en vertu du par. 24(1). Ayant jugé que le par. 90(2) de la *LIP* conférait le pouvoir de condamner la Couronne au paiement des frais de justice, quoique seulement en cas d’irrégularités procédurales, il a conclu que le tribunal des infractions provinciales pouvait ordonner le paiement des dépens en vertu du par. 24(1) à titre de réparation pour la non-communication d’éléments de preuve. La Cour d’appel de l’Alberta a adopté la même approche pour définir le pouvoir d’accorder la réparation demandée dans l’arrêt *R. c. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60.

Beaucoup de choses militent en faveur de cette approche. Instinctivement, on serait porté à dire que les tribunaux devraient être habilités à accorder, en vertu de la *Charte*, des réparations

30

31

32

obvious difficulty lies in defining remedial powers of like “type”. How closely must the statutory remedy resemble the *Charter* remedy sought? For example, the respondents argue that witness costs and legal costs are the same “type of” remedy, and that authority under the *POA* to order the former translates into jurisdiction under s. 24(1) to order the latter. Both of the courts below rejected this submission on the ground that these are distinct, rather than analogous, remedies.

33

Similar problems arise from the treatment of statutory limits placed on the court’s authority to issue the remedy sought. O’Connor J.A. treated such limits as irrelevant; once statutory authority for a remedy is found, even if limited to prescribed circumstances, general *Charter* jurisdiction to issue a like remedy follows. Legislative conferral of narrow jurisdiction may thus have the effect of conferring much broader *Charter* jurisdiction. The Crown objects, contending that statutory restrictions imposed on the court’s power to issue a remedy should equally restrict its jurisdiction to issue that remedy under the *Charter*. These difficulties, while perhaps not insurmountable, suggest that the apparent clarity and simplicity of the “type of approach” belie considerable uncertainty.

34

A second concern with the “type of” approach is that it fails to examine whether the court or tribunal’s process and powers make it an appropriate forum for resolving the *Charter* issues in question. Instead, the “type of” approach mechanically transforms all statutory remedies at a tribunal’s disposal into *Charter* remedies. As a result,

analogues à celles qu’ils accordent dans d’autres contextes. Toutefois, cette méthode n’est pas non plus sans problèmes, le plus évident étant la définition des pouvoirs de réparation du même « genre ». Jusqu’à quel point la réparation prévue par la loi doit-elle ressembler à la réparation demandée en vertu de la *Charte*? Par exemple, les intimés prétendent que l’indemnisation des frais des témoins et l’indemnisation des frais de justice constituent le même « genre » de réparation et que le pouvoir que confère la *LIP* d’ordonner le paiement des premiers emporte le pouvoir d’ordonner le paiement des seconds en vertu du par. 24(1). Les deux juridictions inférieures ont rejeté cet argument au motif qu’il s’agit de réparations distinctes plutôt qu’analogues.

Des problèmes similaires découlent de la façon dont on considère les restrictions dont la loi pertinente assortit le pouvoir du tribunal d’accorder la réparation demandée. Le juge O’Connor a considéré que ces restrictions n’étaient pas pertinentes; une fois qu’on a trouvé dans la loi le pouvoir d’ordonner une réparation, même si son application est limitée à des circonstances prescrites, il en découle un pouvoir général d’accorder une réparation de ce genre en vertu de la *Charte*. L’existence d’une compétence limitée conférée par la loi peut donc avoir pour effet d’accorder une compétence fondée sur la *Charte* beaucoup plus large. La Couronne conteste cet argument, soutenant plutôt que les restrictions dont la loi assortit le pouvoir du tribunal d’accorder une réparation doivent également s’appliquer à son pouvoir d’accorder cette réparation en vertu de la *Charte*. Bien qu’elles ne soient peut-être pas insurmontables, ces difficultés tendent à indiquer que la clarté et la simplicité apparentes de « l’approche fondée sur le genre de réparation » cachent une incertitude considérable.

Le deuxième problème que soulève l’approche fondée sur le « genre de réparation » est qu’elle ne tient pas compte de la question de savoir si la procédure et les pouvoirs du tribunal judiciaire ou administratif en font un forum approprié pour trancher les questions relatives à la *Charte* qui lui seraient soumises. Au contraire, cette approche

it risks burdening a tribunal with applications for *Charter* remedies that it is not designed — by virtue of its function, expertise, mandate and process — to fashion, simply because one can point to narrow and carefully circumscribed authority to grant these remedies in its constituent statute. Conversely, this approach could deprive a tribunal of a *Charter* remedy that is manifestly integral to the purpose it serves, simply on the basis that Parliament or the legislatures did not see the need to provide this remedy under statute to address non-*Charter* issues. In sum, the “type of” approach, while attempting to discern legislative intent from the statutory powers conferred upon the tribunal, risks neglecting the larger picture of whether the *Charter* jurisdiction sought will ultimately advance or frustrate the purpose and mandate of the tribunal. Yet, it is this very issue, in my view, that is of paramount concern when determining legislative intent.

This concern leads to the third possible approach to defining “power to grant the remedy sought”. This approach answers the question of whether a court or tribunal has the power to issue the remedy sought by focusing on its function and structure. On this view, it is not necessary that the court or tribunal have the power to grant the precise remedy sought or even a remedy of the same “type”. Although these factors may weigh heavily in the analysis, they are not determinative. The paramount question remains whether the court or tribunal, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for ordering the *Charter* remedy in issue. If so, it can reasonably be inferred, in the absence of any contrary indication, that the legislature intended the court or tribunal to have this remedy at its disposal when

convertit automatiquement en réparations fondées sur la *Charte* toutes les réparations prévues par la loi dont dispose le tribunal. En conséquence, l’application de cette approche risque d’accabler le tribunal de demandes sollicitant des réparations fondées sur la *Charte* qu’il n’est pas conçu — en raison de sa fonction, de son expertise, de son mandat et de sa procédure — pour élaborer, et ce simplement parce qu’on peut trouver dans sa loi constitutive le pouvoir limité et soigneusement circonscrit d’accorder ces réparations. À l’inverse, cette approche pourrait priver le tribunal concerné de la possibilité d’ordonner une réparation fondée sur la *Charte* qui fait manifestement partie intégrante de sa raison d’être, du seul fait que le Parlement ou la législature n’a pas jugé nécessaire de prescrire cette réparation dans la loi à l’égard des questions ne concernant pas la *Charte*. Bref, en tentant de dégager l’intention du législateur à la lumière des pouvoirs confiés par la loi au tribunal, on risque, par l’application de l’approche fondée sur le « genre de réparation », de négliger la question plus large de savoir si la compétence en matière d’application de la *Charte* qu’on invoque aidera ou nuira à la réalisation de l’objet et du mandat du tribunal en bout de ligne. C’est pourtant cette question même qui est, à mon avis, la considération primordiale lorsqu’on détermine l’intention du législateur.

Cette considération mène à la troisième approche susceptible de permettre de définir le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». C’est en s’attachant à la fonction et à la structure du tribunal judiciaire ou administratif concerné que cette approche répond à la question de savoir si celui-ci a le pouvoir d’accorder la réparation demandée. Selon ce point de vue, il n’est pas nécessaire que le tribunal concerné ait le pouvoir d’accorder exactement la réparation qu’on lui demande ni même une réparation du même « genre ». Bien que ces facteurs puissent peser lourdement dans l’analyse, ils ne sont pas déterminants. La question primordiale demeure celle de savoir si, de par sa fonction et sa structure, le tribunal concerné est un forum bien choisi pour ordonner la réparation fondée sur la *Charte* qui est en jeu. Dans l’affirmative, il est raisonnablement

confronted with *Charter* violations that arise in the course of its proceedings. This approach, as I shall discuss in greater detail, is implicit in *Mills* and affirmed in *Weber* and *Mooring*.

possible d'inférer, en l'absence de toute indication contraire, que le législateur entendait que le tribunal dispose de cette réparation à l'égard des violations de la *Charte* surgissant dans le cours des procédures qui se déroulent devant lui. Comme je vais le préciser, cette approche est contenue implicitement dans l'arrêt *Mills* et elle a été confirmée dans les arrêts *Weber* et *Mooring*.

36

Parliament and the provincial legislatures premise legislation on the fact that courts and tribunals operate within a legal system governed by the constitutional rights and norms entrenched by the *Charter*. The “functional and structural” approach reflects this premiss. It rests on the theory that where Parliament or a legislature confers on a court or tribunal a function that engages *Charter* issues, and furnishes it with procedures and processes capable of fairly and justly resolving these incidental *Charter* issues, then it must be presumed that the legislature intended the court or tribunal to exercise this power.

Le Parlement et les législatures provinciales fondent leurs lois sur la prémisse que les tribunaux judiciaires et administratifs œuvrent au sein d'un système de justice régi par les droits et les normes constitutionnels consacrés par la *Charte*. L'approche « fonctionnelle et structurelle » reflète cette prémisse. Elle repose sur la théorie voulant que, lorsque le Parlement ou une législature confère à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction soulevant des questions relatives à la *Charte* et le dote de procédures propres à lui permettre de trancher de façon juste et équitable ces questions incidentes, il faut présumer que le législateur voulait que le tribunal exerce ce pouvoir.

37

This approach may require some elaboration, particularly as it relates to courts and tribunals constituted prior to the *Charter*'s enactment. The relevant provisions of the *POA*, for example, predate the *Charter*. This is likely true of the vast majority of statutes currently governing the operation of courts and tribunals across the nation. Clearly, the remedial jurisdiction of these bodies under s. 24 of the *Charter* could not have entered the contemplation of Parliament or the legislatures at the time these statutes were enacted. Consequently, it might be argued that pre-*Charter* legislation can never evince an implied intention to empower a tribunal to issue *Charter* remedies.

Cette approche exige peut-être certaines précisions, particulièrement en ce qui concerne les tribunaux judiciaires ou administratifs constitués avant l'édiction de la *Charte*. Les dispositions pertinentes de la *LIP*, par exemple, sont antérieures à la *Charte*. C'est probablement le cas de la vaste majorité des lois qui régissent actuellement le fonctionnement des tribunaux judiciaires et administratifs dans l'ensemble du pays. Il est évident que, lorsqu'ils ont édicté ces lois, le Parlement et les législatures ne pouvaient avoir à l'esprit la compétence réparatrice que serait susceptible de conférer à ces organismes l'art. 24 de la *Charte*. En conséquence, il est possible de prétendre qu'on ne peut jamais dégager des lois antérieures à la *Charte* l'intention implicite d'habiliter un tribunal à accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

38

This argument, however, rests on an overly narrow view of legislative intention. The intention of Parliament or the legislatures is not frozen for all time at the moment of a statute's enactment, such that a court interpreting the statute is forever

Cet argument repose toutefois sur une interprétation trop restrictive de l'intention du législateur. L'intention du Parlement ou des législatures n'est pas figée à jamais au moment de l'édiction d'une loi, de sorte que les tribunaux interprétant cette loi

confined to the meanings and circumstances that governed on that day. Such an approach risks frustrating the very purpose of the legislation by rendering it incapable of responding to the inevitability of changing circumstances. Instead, we recognize that the law speaks continually once adopted: *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807, at p. 814; see also *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 4. Preserving the original intention of Parliament or the legislatures frequently requires a dynamic approach to interpreting their enactments, sensitive to evolving social and material realities. While the courts strive ultimately to give effect to legislative intention, the will of the legislature must be interpreted in light of prevailing, rather than historical, circumstances: see, for example, *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 727-29 (*per* Iacobucci J.), and pp. 793-94 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting); *Tataryn*, *supra*, at pp. 814-15.

It follows that the remedial powers of courts and tribunals — even those that antedate the *Charter* — must be interpreted in light of the *Charter*'s enactment. The enactment of the *Charter* was undoubtedly a watershed event in our legal history and tradition — it added a “new dimension to the Canadian legal system” (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 600), ushering in a new regime of constitutional rights and remedies. The *Charter* guaranteed new rights to individuals against government authority; accordingly, “[i]t should not be a matter for surprise that individuals claiming to have such rights assert them before agencies created to provide a speedy determination of their rights in relation to governmental authority”: *Douglas College*, *supra*, at p. 600 (*per* La Forest J., quoting Desjardins J.A. from *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.), at p. 279). In other words, the *Charter*'s enactment necessarily embroiled numerous courts and tribunals in the new regime of *Charter* rights and remedies. The statutory powers of these bodies must be

devraient éternellement s'en tenir aux concepts et circonstances qui avaient cours à cette date. Une telle approche risque de contrecarrer la réalisation de l'objet même visé par la loi en rendant la loi impuissante à réagir aux inévitables changements de circonstances. Au contraire, nous reconnaissons que, après son adoption, la loi a vocation permanente : *Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807, p. 814; voir également *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 4. Pour préserver l'intention originale du Parlement ou des législatures, il faut fréquemment interpréter leurs textes de loi au moyen d'une approche dynamique et sensible à l'évolution des réalités sociales et matérielles. Bien que les tribunaux visent en dernière analyse à donner effet à l'intention du législateur, la volonté de ce dernier doit être interprétée à la lumière de la situation qui a cours plutôt que des circonstances historiques : voir, par exemple, *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 727-729 (le juge Iacobucci), et p. 793-794 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *Tataryn*, précité, p. 814-815.

Il s'ensuit que les pouvoirs réparateurs des tribunaux judiciaires et administratifs — même les tribunaux antérieurs à la *Charte* — doivent être interprétés à la lumière de l'édiction de ce texte. L'édiction de la *Charte* est indubitablement un fait marquant de notre histoire et de notre tradition juridiques — elle a ajouté une « nouvelle dimension au système juridique canadien » (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 600) en introduisant un nouveau régime de droits et réparations constitutionnels. La *Charte* a garanti aux individus de nouveaux droits opposables aux autorités gouvernementales, de sorte qu'il n'y a « [r]ien d'étonnant à ce que des individus, qui prétendent avoir ces droits, les réclament dans des organismes qui ont été créés pour départager de façon expéditive leurs droits vis-à-vis [de] l'administration » : *Douglas College*, précité, p. 600 (le juge La Forest, citant le juge Desjardins dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.), p. 279). En d'autres termes, par suite de l'édiction de la *Charte*, de nombreux tribunaux judiciaires et

interpreted in light of this profound shift in the landscape of Canadian law.

40

The *Charter* itself provides insight into how the powers of pre-existing courts and tribunals should be approached. In this regard, I note that the *Charter*'s enactment is an expression not only of Parliament's will, but also of that of the respective provincial legislatures by adoption. The common intention was to integrate the new regime of *Charter* rights and remedies into the existing jurisdictional scheme: *Mills, supra*, at p. 953 (*per* McIntyre J.). As La Forest J. observed in *Mills*, at p. 971, the *Charter*'s enactment did not mandate "the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice". Instead, the framers of the *Charter* intended aggrieved parties to have recourse to a remedy from existing courts and tribunals.

41

To this end, s. 24 identifies a "court of competent jurisdiction" as the appropriate venue for *Charter* relief. This formula clearly draws from the courts and tribunals comprising our legal system at the time of the *Charter*'s enactment, and enlists them in the implementation of *Charter* rights and remedies. No additional legislative "stamp of approval" is contemplated. Indeed, the operation of the *Charter* as the "supreme law of the land" would be wholly frustrated if its application were deferred until the legislatures revisited each pre-*Charter* court or tribunal to confer the necessary jurisdiction to grant *Charter* remedies. Moreover, forcing these courts and tribunals to function as if the *Charter* were never enacted, even where their operation squarely implicates *Charter* rights and freedoms, risks seriously (and unnecessarily) compromising their effective functioning. It

administratifs ont nécessairement été touchés par le nouveau régime de droits et réparations établi par la *Charte*. Les pouvoirs d'origine législative confiés à ces organismes doivent être interprétés à la lumière de cette profonde évolution de la situation juridique au Canada.

La *Charte* elle-même fournit des indications sur la façon d'interpréter les pouvoirs des tribunaux judiciaires et administratifs préexistants. À cet égard, je souligne que l'édiction de la *Charte* est non seulement l'expression de la volonté du Parlement, mais également de celle des législatures provinciales par adoption. L'intention commune était d'intégrer le nouveau régime de droits et réparations prévus par la *Charte* au régime existant de compétence des tribunaux : *Mills*, précité, p. 953 (le juge McIntyre). Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Mills*, p. 971, l'édiction de la *Charte* n'a pas exigé « que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice ». Les rédacteurs de la *Charte* ont plutôt voulu que les parties s'estimant lésées puissent solliciter une réparation auprès des tribunaux judiciaires et administratifs existants.

À cette fin, l'article 24 précise que le « tribunal compétent » est le forum approprié pour connaître des demandes de réparation fondées sur la *Charte*. Cette formule puise clairement parmi les tribunaux judiciaires et administratifs qui composaient notre système de justice au moment de l'édiction de la *Charte* et les mobilise pour mettre en œuvre les droits et réparations prévus par celle-ci. Aucune autre « approbation » du législateur n'est envisagée. De fait, on contrecarrait complètement l'effet de la *Charte* en tant que « loi suprême du pays » si on suspendait son application jusqu'à ce que le Parlement et les législatures aient réexaminé la situation de chaque tribunal judiciaire ou administratif antérieur à la *Charte* afin de l'investir de la compétence nécessaire pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Qui plus est, forcer ces tribunaux à agir comme si la *Charte* n'avait jamais été adoptée, même lorsque des droits et libertés garantis par

may also impact the quality of justice rendered at the end of the day.

In my view, the “functional and structural” approach is more consistent with the original intention of Parliament or the legislature in establishing the tribunal (albeit interpreted in light of the *Charter*’s enactment) and the aspirations of the *Charter* itself. Where the *Charter*’s enactment implicated a court or tribunal in new constitutional issues, it should be presumed that the legislature intended the court or tribunal to resolve these issues where it is suited to do so by virtue of its function and structure. It is only in this manner that the purpose of the *Charter* — and the mandates of those courts and tribunals that predate its enactment — can be meaningfully realized.

The content of the “functional and structural” approach may also require elaboration. Framed broadly, this test asks whether the court or tribunal in question is suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure. The assessment is contextual. The factors relevant to the inquiry and the weight they carry will vary with the particular circumstances at hand. Nonetheless, it is possible to catalogue some of the considerations captured under the general headings of “function” and “structure”.

The function of the court or tribunal is an expression of its purpose or mandate. As such, it must be assessed in relation to both the legislative scheme and the broader legal system. First, what is the court or tribunal’s function within the legislative scheme? Would jurisdiction to order the remedy sought under s. 24(1) frustrate or enhance this role? How essential is the power to grant the remedy sought to the effective and efficient functioning of the court or tribunal? Second, what is

celle-ci sont nettement en jeu dans les instances se déroulant devant eux, risque de compromettre sérieusement (et inutilement) leur bon fonctionnement. Une telle mesure pourrait aussi influencer la qualité de la justice qui est rendue en bout de ligne.

J’estime que l’approche « fonctionnelle et structurelle » est davantage conforme à l’intention qu’avait initialement le Parlement ou la législature concernée lors de l’établissement du tribunal en cause (bien que cette intention soit interprétée à la lumière de l’édiction de la *Charte*) et aux objectifs visés par la *Charte* elle-même. Dans les cas où, par la suite de l’édiction de la *Charte*, un tribunal judiciaire ou administratif est aux prises avec de nouvelles questions d’ordre constitutionnel, il faut présumer que le législateur entendait que cet organisme tranche ces questions lorsque, de par sa fonction et sa structure, il est apte à le faire. Ce n’est qu’ainsi que l’objectif visé par la *Charte* — et le mandat des tribunaux judiciaires et administratifs qui existaient au moment de son édicition — pourront être concrètement réalisés.

Il est peut-être également nécessaire de donner des précisions sur le contenu de l’approche « fonctionnelle et structurelle ». Essentiellement, ce critère pose la question de savoir si, eu égard à sa fonction et à sa structure, le tribunal judiciaire ou administratif concerné est apte à accorder la réparation demandée en vertu de l’art. 24. Il s’agit d’une évaluation contextuelle. Les facteurs pertinents pour les fins de l’analyse ainsi que leur poids respectif varient en fonction des circonstances de l’espèce. Il est néanmoins possible de classer certaines des considérations visées sous les rubriques générales « fonction » et « structure ».

La fonction du tribunal judiciaire ou administratif concerné est l’expression de son objectif ou mandat. En tant que telle, elle doit être appréciée en fonction du régime établi par la loi et du système de justice en général. Premièrement, quelle est la fonction du tribunal dans le cadre du régime établi par la loi? L’existence du pouvoir d’ordonner la réparation demandée en vertu du par. 24(1) aurait-elle pour effet d’entraver ce rôle ou de le renforcer? Dans quelle mesure le pouvoir d’accorder la

42

43

44

the function of the court or tribunal in the broader legal system? Is it more appropriate that a different forum redress the violation of *Charter* rights?

45

The inquiry into the structure of the court or tribunal relates to the compatibility of the institution and its processes with the remedy sought under s. 24. Depending on the particular remedy in issue, any or all of the following factors may be salient: whether the proceedings are judicial or quasi-judicial; the role of counsel; the applicability or otherwise of traditional rules of proof and evidence; whether the court or tribunal can issue subpoenas; whether evidence is offered under oath; the expertise and training of the decision-maker; and the institutional experience of the court or tribunal with the remedy in question: see *Mooring, supra*, at paras. 25-26. Other relevant considerations may include the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, its ability to compile an adequate record for a reviewing court, and other such operational factors. The question, in essence, is whether the legislature or Parliament has furnished the court or tribunal with the tools necessary to fashion the remedy sought under s. 24 in a just, fair and consistent manner without impeding its ability to perform its intended function.

46

Two sources may provide guidance in determining the function and structure of a court or tribunal: the language of the enabling legislation and the history and accepted practice of the institution. The court or tribunal's constituting legislation may clearly describe its function and structure. However, it often may be necessary to consider other factors to fully appreciate the court or tribunal's function, or the strengths and limitations of its processes. Factors like the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, and its experience and proficiency with a particular

réparation demandée est-il essentiel au fonctionnement efficace et efficient du tribunal? Deuxièmement, quelle fonction exerce le tribunal au sein du système de justice en général? Une autre juridiction conviendrait-elle davantage pour réparer l'atteinte portée aux droits garantis par la *Charte*?

L'examen de la structure du tribunal porte sur la compatibilité de l'institution et de ses procédures avec la réparation demandée en vertu de l'art. 24. Selon la réparation particulière en cause, tous les facteurs suivants — ou l'un d'eux — peuvent être importants : la question de savoir si les procédures sont de nature judiciaire ou quasi judiciaire, le rôle des avocats, l'applicabilité ou non des règles de preuve traditionnelles, la question de savoir si le tribunal peut délivrer des assignations à comparaître, celle de savoir si les témoins déposent sous serment, l'expertise et la formation du décideur et l'expérience institutionnelle du tribunal relativement à la réparation en question : voir *Mooring*, précité, par. 25-26. Parmi les autres considérations susceptibles d'être pertinentes, mentionnons la charge de travail du tribunal, ses contraintes de temps, sa capacité de constituer un dossier suffisant pour les besoins d'une cour de révision et toute autre considération opérationnelle du genre. Essentiellement, il s'agit de déterminer si la législature ou le Parlement a doté le tribunal judiciaire ou administratif concerné des outils nécessaires pour lui permettre de façonner de manière juste, équitable et uniforme la réparation demandée en vertu de l'art. 24, sans nuire à sa capacité d'accomplir sa fonction première.

Deux sources peuvent aider à déterminer la fonction et la structure du tribunal judiciaire ou administratif concerné : le texte de sa loi habilitante ainsi que l'historique de l'institution et sa pratique reconnue. Il arrive que la loi constitutive du tribunal décrive clairement sa fonction et sa structure. Toutefois, il peut souvent s'avérer nécessaire de considérer d'autres facteurs afin de bien saisir la fonction du tribunal, ou les points forts et les limites de ses mécanismes. Il est impossible d'évaluer, au regard du seul texte de la loi pertinente, des facteurs comme la charge de tra-

remedy, cannot be assessed on the face of the relevant legislation alone; rather, regard must be had to the day-to-day practice of the court or tribunal in question.

Having outlined the “functional and structural” approach to defining the third element of the *Mills* test, the power to grant the remedy sought, I turn to the considerations that support it. First, this approach is consistent with the authorities. Second, it is consistent with the Court’s approach to discerning legislative intent in other contexts, such as the authority of a tribunal to consider the constitutionality of its enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Finally, and most importantly, it comports with the foundational principles animating s. 24. I will discuss each of these reasons in turn.

(1) Consistency with the Authorities

The previous decisions of this Court regarding s. 24(1) support a functional and structural approach to determining whether a court or tribunal has the “power to grant the remedy sought” as required by the third branch of the *Mills* test. Although not always expressed in these terms, considerations of function and structure are central to the Court’s analysis in each of these previous cases.

In *Mills*, the Court considered whether a preliminary inquiry judge or justice is a court of competent jurisdiction for the purposes of entering a stay of proceedings as a remedy for the violation of an accused’s right under s. 11(b) of the *Charter* to trial within a reasonable time. McIntyre J., speaking for a unanimous Court on this point, held that a preliminary inquiry judge or justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose. In reaching this conclusion, he emphasized the specialized function performed by the preliminary inquiry judge in the criminal process, and the

vail du tribunal, les contraintes de temps auxquelles il est assujéti ainsi que son expérience et son expertise relativement à une réparation donnée; il faut plutôt tenir compte de la pratique quotidienne du tribunal en question.

Après avoir exposé l’approche « fonctionnelle et structurelle » applicable pour définir le troisième élément du critère établi dans l’arrêt *Mills* — soit le pouvoir d’accorder la réparation demandée — je vais maintenant examiner les considérations qui militent en faveur de cette approche. Premièrement, elle est conforme à la jurisprudence pertinente. Deuxièmement, elle est compatible avec l’approche utilisée par notre Cour pour dégager l’intention du législateur dans d’autres contextes, par exemple le pouvoir du tribunal d’examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante au regard de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Enfin, facteur le plus important, cette approche respecte les principes fondamentaux qui sont à la base de l’art. 24. Je vais examiner chacune de ces considérations à tour de rôle.

(1) La conformité à la jurisprudence

Les arrêts antérieurs de notre Cour sur le par. 24(1) appuient l’application d’une méthode fonctionnelle et structurelle afin de déterminer si, comme l’exige le troisième volet du critère établi dans l’arrêt *Mills*, un tribunal a le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». Bien que cela ne soit pas toujours exprimé en ces termes, les considérations relatives à la fonction et à la structure constituent un aspect central de l’analyse de la Cour dans ces arrêts antérieurs.

Dans l’arrêt *Mills*, notre Cour s’est demandé si le juge ou juge de paix présidant l’enquête préliminaire constituait un tribunal compétent pour ordonner l’arrêt des procédures comme réparation en cas d’atteinte au droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable prévu à l’al. 11(b) de la *Charte*. Exprimant l’opinion unanime de notre Cour sur cette question, le juge McIntyre a conclu que le juge ou juge de paix présidant l’enquête préliminaire n’était pas un tribunal compétent à cette fin. En tirant cette conclusion, il a souligné la fonction spécialisée qu’accomplit le juge de l’enquête

47

48

49

incompatibility of this function with the remedy sought (at pp. 954-55):

After all the evidence has been taken, he may commit the accused for trial if, in his opinion, the evidence is sufficient, or discharge the accused if, in his opinion, upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. . . . I might add at this stage that it would be a strange result indeed if the preliminary hearing magistrate could be said to have the jurisdiction to give a remedy, such as a stay under s. 24(1), and thus bring the proceedings to a halt before they have started and this in a process from which there is no appeal.

50

Although this holding disposed of the specific issue on appeal in *Mills*, McIntyre, Lamer and La Forest JJ. proceeded to consider the availability of *Charter* remedies in the criminal process more generally, both at the preliminary inquiry and at trial. Here functional and structural concerns dominated. McIntyre, Lamer and La Forest JJ., in defining the remedial jurisdiction of criminal courts under s. 24(1), were predominantly concerned with identifying the arsenal of remedies that would best fulfil the function of the provincial criminal court, as a court of first instance, without straining its competence as an institution.

51

In this regard, the function of statutory criminal courts in the broader criminal justice system was a paramount consideration. As McIntyre J. observed, “most of the criminal work at first instance is done in these courts, therefore most of the applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* will be made to them” (p. 955). He emphasized the need for complete resolution, wherever possible, at the trial level, where the court is best situated to rule on *Charter* issues arising before it and to fashion appropriate and just remedies. This role, in his

préliminaire dans le cadre du processus pénal et l’incompatibilité de cette fonction avec la réparation demandée (aux p. 954-955) :

Lorsque toute la preuve a été recueillie, il peut renvoyer l’accusé pour subir son procès s’il estime que cette preuve est suffisante ou encore libérer l’accusé s’il juge la preuve insuffisante pour justifier le renvoi à procès. Il n’a pas compétence pour prononcer l’acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n’a pas non plus la compétence qui l’autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte*. Il s’ensuit donc qu’il n’est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. [. . .] Il convient d’ajouter ici que le résultat serait bien étrange si l’on pouvait dire que le magistrat à l’enquête préliminaire avait compétence pour accorder une réparation, telle une suspension des procédures en vertu du par. 24(1), arrêtant ainsi les procédures avant même qu’elles ne commencent, et ce par une décision non susceptible d’appel.

Bien que cette conclusion ait tranché la question précise qui faisait l’objet du pourvoi dans l’arrêt *Mills*, les juges McIntyre, Lamer et La Forest ont ensuite examiné l’applicabilité des réparations prévues à la *Charte* dans le cadre du processus pénal en général, tant à l’enquête préliminaire qu’au procès. Dans cette affaire, les considérations d’ordre fonctionnel et structurel ont dominé. En définissant la compétence dont disposent les cours de juridiction criminelle en manière de réparations fondées sur le par. 24(1), les juges McIntyre, Lamer et La Forest se sont attachés avant tout à définir l’arsenal de réparations qui permettrait le mieux à la cour provinciale de juridiction criminelle de s’acquitter de sa fonction, en tant que tribunal de première instance, sans grever ses ressources institutionnelles.

À cet égard, le rôle des cours de juridiction criminelle créées par la loi au sein du système de justice pénale en général a constitué le facteur prédominant. Comme l’a fait remarquer le juge McIntyre, « la plupart des affaires criminelles seront entendues en première instance par ces tribunaux-là. Par conséquent, la majorité des demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* leur seront adressées » (p. 955). Il a souligné la nécessité que ces demandes soient tranchées complètement, chaque fois que la chose est possible, en première

opinion, demanded an expansive remedial jurisdiction for statutory criminal courts under s. 24(1), unconstrained by the lesser array of remedies they might enjoy under statute. In his words, “[a] claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process” (p. 955). He contemplated resort to the superior court of the province for a *Charter* remedy only where prerogative relief is sought.

The only limit McIntyre J. placed on a statutory criminal court’s “power to grant the remedy sought” under s. 24(1) was that imposed by the constitutional division of powers: “[s]uch remedies must remain . . . within the ambit of criminal powers” (p. 955). One finds no requirement in McIntyre J.’s reasons that the statute under which the court is acting expressly authorize the remedy sought, or empower the court to order remedies of the same “type”. Rather, the emphasis is on creative and complete resolution at the trial level. To this end, he contemplated the widest possible discretion in provincial trial judges to fashion appropriate and just remedies, circumscribed only by the requirement that these remedies fall within the criminal sphere. It is in this manner that the function of the court, as a criminal court of first instance, is best fulfilled.

Lamer J. arrived at the same conclusion. In his view, a criminal trial court, whether of statutory or inherent jurisdiction, is empowered to grant any criminal law remedy under s. 24(1). He expressly rejected the proposition that statutory trial courts are confined to the remedies assigned to them by

instance, où le tribunal est le mieux placé pour statuer sur les questions relatives à la *Charte* soulevées devant lui et élaborer des réparations convenables et justes. À son avis, ce rôle exigeait que les cours de juridiction criminelle créées par une loi jouissent d’une vaste compétence en matière de réparations fondées sur le par. 24(1), sans être limitées à l’éventail plus restreint de réparations à leur disposition aux termes de leur loi habilitante. Pour reprendre ses propos : « [u]ne demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu’accessoire nécessaire du procès » (p. 955). Il a indiqué qu’on ne devrait s’adresser à la cour supérieure de la province pour obtenir une réparation fondée sur la *Charte* que lorsqu’il est question de brefs de prérogative.

La seule limite à laquelle le juge McIntyre a assujéti l’exercice par les cours de juridiction criminelle créées par la loi du « pouvoir d’accorder la réparation demandée » en vertu du par. 24(1) était celle découlant du partage des compétences par la Constitution : « ces réparations [. . .] doivent relever du pouvoir en matière criminelle » (p. 955). Les motifs du juge McIntyre ne font état d’aucune exigence requérant que la loi en vertu de laquelle le tribunal agit autorise expressément la réparation demandée ou habilite le tribunal à ordonner des réparations du même « genre ». Le juge McIntyre insiste plutôt sur le besoin d’apporter, en première instance, des solutions complètes et ingénieuses aux questions qui se posent. À cette fin, il a considéré que les juges provinciaux qui président des procès devaient jouir du plus large pouvoir discrétionnaire possible afin d’élaborer des réparations convenables et justes, pouvoir qui serait limité uniquement par l’obligation que ces réparations appartiennent au droit criminel. C’est de cette manière que le tribunal concerné, en tant que cour de juridiction criminelle de première instance, est le plus à même de s’acquitter de son rôle.

Le juge Lamer est arrivé à la même conclusion. À son avis, une cour de juridiction criminelle — que sa compétence découle de la loi ou soit inhérente — a le pouvoir d’accorder, en vertu du par. 24(1), toute réparation relevant du droit criminel. Il a expressément rejeté l’argument voulant que les juridictions

52

53

statute, at least in the absence of clear legislative intent (at pp. 886-87):

I do not see the need, once the distinction between criminal and other remedies is made, for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit. Since they already have the jurisdiction to make a final complete determination of the trial, they already have a plenitude of criminal law remedies available, such as adjournment, bail, ordering disclosure, excluding evidence, entering stays.

Again, the emphasis is not on the remedies that criminal courts “already have . . . available”, but rather on the remedies that will best promote the function of the criminal trial court in our system of criminal justice.

54

In determining the range of remedies available to criminal trial courts under s. 24(1), Lamer J. was motivated primarily by the concern that these courts not venture into the types of remedies which by their own process (or structure) they are not properly equipped to fashion. He considered two opposing interpretations of s. 24(1) in the heart of his argument. The first is the proposition that a criminal court with jurisdiction over both the subject matter and the parties enjoys full jurisdiction to grant any appropriate and just remedy, including “civil remedies in addition to those remedies that are traditionally within their jurisdiction” (p. 885). The second proposition would “extend to any judge having jurisdiction over the person and the subject matter jurisdiction to grant any criminal law remedy” (p. 886 (emphasis added)).

55

Lamer J. approached this matter as a choice between alternatives — permitting criminal trial judges to draw from the full range of remedies, including civil remedies, in addressing *Charter* violations or, alternatively, restricting the scope of available remedies to the criminal domain. Neither

de jugement créées par une loi doivent se limiter aux réparations que cette loi les habilite à accorder, à tout le moins en l’absence d’intention claire du législateur (aux p. 886-887) :

Je ne vois pas la nécessité, une fois que la distinction entre les voies de recours criminelles et les autres est faite, de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siègent. Comme ils détiennent déjà la compétence de statuer définitivement au fond, ils détiennent déjà la plénitude des redressements du droit criminel existants, tels l’ajournement, la libération sous cautionnement, l’ordonnance de communication de pièces, d’exclusion de preuves, la suspension d’instance.

Ici encore, l’accent n’est pas sur les réparations que les cours de juridiction criminelle « détiennent déjà », mais plutôt sur celles qui permettront le mieux à la juridiction de jugement de jouer son rôle au sein de notre système de justice pénale.

Lorsqu’il a déterminé l’éventail des réparations que peuvent accorder les juridictions de jugement en vertu du par. 24(1), le juge Lamer était principalement animé par le souci que ces juridictions ne se hasardent pas à accorder des réparations que, en raison de leur propre procédure (ou structure), elles ne sont pas adéquatement équipées pour façonner. Il a examiné deux interprétations opposées du par. 24(1) qui touchaient au cœur de son argument. Selon la première interprétation, la juridiction compétente tant à l’égard de l’objet du litige que des parties détient entière compétence pour accorder toute réparation convenable et juste, y compris « des réparations civiles, outre les réparations qui relèvent traditionnellement de leur compétence » (p. 885). La deuxième interprétation « étendrai[t] [. . .] à tout juge compétent *ratione personae* et *ratione materiae* la compétence d’accorder toutes réparations de droit criminel » (p. 886 (je souligne)).

Le juge Lamer a considéré cette question comme un choix entre deux solutions : mettre à la disposition des juges présidant les procès criminels toute la gamme des réparations, y compris les réparations civiles, pour remédier aux violations de la *Charte* ou, subsidiairement, restreindre l’éventail

approach evinces concern with whether the court has a particular remedial power under statute, or pursuant to its inherent jurisdiction.

Lamer J. endorsed the second approach for criminal trial judges; that is, he concluded that once jurisdiction over the person and subject matter is established, a criminal court is empowered to grant any criminal law remedy. This conclusion was compelled by the structural limitations of the criminal trial process (at p. 886):

[D]esirable as might be a system whereby a person could get from the judge he or she is before a plenitude of remedies [i.e. including civil remedies], this approach has to be defeated by the fundamental differences as between the civil and criminal process. . . . [I]t will be difficult to afford the alleged violators, susceptible to pay damages or to be the object of some injunction, a fair hearing within the criminal justice process, whilst guaranteeing the accused all traditional safeguards. Furthermore, the criminal courts are not staffed and equipped to cope with such types of determinations.

Thus, Lamer J. concluded that the function performed by criminal trial courts mandates an expansive remedial jurisdiction under the *Charter*, circumscribed only by the boundaries of the court's expertise and procedures, which coincided with the boundaries of the criminal law.

La Forest J.'s reasons in *Mills* are also consistent with the functional and structural approach to defining "power to grant the remedy sought". Like Lamer and McIntyre JJ., he expressed a preference for complete resolution of *Charter* issues at the trial level, stating, at p. 972, that the "trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy". He contemplated an exception to this general principle only for exigent circumstances, such as where a trial court has not been set at the time the remedy is required, or where the trial court itself is implicated in the breach of the *Charter* right. This language

des réparations applicables à celles relevant du domaine criminel. Dans ni l'une ni l'autre de ces approches, on ne s'arrête à la question de savoir si le tribunal détient un pouvoir de réparation particulier en vertu soit de la loi soit de sa compétence inhérente.

Le juge Lamer a retenu la deuxième approche en ce qui a trait aux juges présidant les procès criminels, concluant en effet qu'une fois établie la compétence sur les parties et sur l'objet du litige, la cour de juridiction criminelle est habilitée à accorder toute réparation relevant du droit criminel. Les limitations structurelles du processus pénal ont forcé cette conclusion (à la p. 886) :

[A]ussi désirable que puisse être un système en vertu duquel le justiciable pourrait obtenir du juge devant qui il comparaît un ensemble de réparations [c.-à-d. y compris des réparations civiles], cette façon de voir doit être rejetée à cause des différences fondamentales existant entre les voies de droit civiles et les voies de droit criminelles [. . .] [I]l sera difficile de fournir à des contrevenants présumés, ayant éventuellement à payer des dommages-intérêts ou devant faire l'objet de quelque injonction, une audition équitable dans le cadre des voies de droit criminelles, tout en garantissant au prévenu toutes les protections traditionnelles. De plus, les juridictions criminelles n'ont pas le personnel ni ne sont équipées pour connaître de ce genre d'affaires.

En conséquence, le juge Lamer a estimé que la fonction exercée par les juridictions criminelles requiert une vaste compétence en matière de réparations fondées sur la *Charte*, compétence circonscrite uniquement par les limites de l'expertise et des procédures du tribunal, qui coïncident avec les limites du droit criminel.

Les motifs exposés par le juge La Forest dans l'arrêt *Mills* sont eux aussi compatibles avec l'approche fonctionnelle et structurelle applicable pour définir le « pouvoir d'accorder la réparation demandée ». À l'instar des juges Lamer et McIntyre, le juge La Forest a exprimé sa préférence pour la résolution complète, au procès, des questions relatives à la *Charte*, affirmant que c'est « normalement la juridiction de première instance qui [a] compétence pour accorder la réparation » (p. 972). Il n'a envisagé qu'une exception à ce principe général, à savoir les situations d'urgence, tels

56

57

suggests that apart from such exceptional circumstances, provincially appointed criminal courts are courts of competent jurisdiction to issue remedies under s. 24. He imposes only one limitation on this remedial jurisdiction: “civil remedies should await action in a civil court” (p. 971).

58

Functional and structural considerations also dominated the Court’s comments on the powers of preliminary inquiry judges to exclude evidence on *Charter* grounds. A minority, led by Lamer J., would have recognized this power, on the basis that excluding inadmissible evidence, including on *Charter* grounds, is central to the preliminary inquiry’s function: determining whether there is sufficient admissible evidence to put the accused on trial. McIntyre and La Forest JJ., writing for the majority view, held that preliminary inquiry judges cannot exclude evidence under s. 24(2). In arriving at this result, they emphasized the limited screening function of the preliminary inquiry and the difficulty of making, at a preliminary stage, the s. 24(2) determination of whether in “all the circumstances” admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute (at pp. 970-71, *per* La Forest J.).

59

In summary, the reasons of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. in *Mills* were unanimous in emphasizing that the power of courts to issue *Charter* remedies turns on the function and structure of these courts. In effect, a judge sitting on a criminal trial, by reason of the function he or she is discharging, has the power to grant *Charter* remedies incidental to that trial. To this end, the judge may draw from

les cas où l’identité du tribunal devant lequel se déroulera le procès n’a pas encore été déterminée au moment où la réparation est requise et ceux où la juridiction de jugement elle-même est impliquée dans l’atteinte au droit protégé par la *Charte*. Ces propos suggèrent que, sauf dans de telles circonstances exceptionnelles, les cours de juridiction criminelle constituées par les provinces sont des tribunaux compétents pour accorder des réparations en vertu de l’art. 24. Le juge La Forest n’impose qu’une seule restriction à cette compétence en matière de réparation : « pour obtenir une réparation civile, il faudra procéder par voie d’action devant un tribunal civil » (p. 971).

Les considérations d’ordre fonctionnel et structurel ont également dominé dans les commentaires de notre Cour sur le pouvoir des juges présidant les enquêtes préliminaires d’écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*. Les juges minoritaires, sous la plume du juge Lamer, auraient reconnu l’existence de ce pouvoir, parce que l’exclusion d’éléments de preuve inadmissibles, y compris pour des motifs prévus par la *Charte*, est un aspect central du rôle de l’enquête préliminaire, qui est de déterminer si la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement. Rédigeant l’opinion de la majorité, les juges McIntyre et La Forest ont conclu que les juges présidant les enquêtes préliminaires ne pouvaient écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). En concluant ainsi, ils ont souligné la fonction de filtrage limitée de l’enquête préliminaire et la difficulté de décider à un stade préliminaire, en vertu du par. 24(2), si « eu égard aux circonstances » l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en violation à la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (aux p. 970-971, le juge La Forest).

En résumé, dans les motifs qu’ils ont exposés dans l’arrêt *Mills*, les juges McIntyre, Lamer et La Forest ont unanimement souligné le fait que le pouvoir des tribunaux d’accorder des réparations en vertu de la *Charte* est tributaire de la fonction et de la structure de ces tribunaux. En fait, le juge qui préside un procès criminel possède, en raison de la fonction qu’il accomplit, le pouvoir d’accorder les

the full ambit of criminal law remedies in fashioning an appropriate and just response to a *Charter* violation. This approach facilitates the function of the trial court, by promoting complete resolution of *Charter* issues at the trial level and allowing the court significant flexibility in fashioning remedies to meet the precise circumstances of the case at bar. At the same time, it heeds the structural limits of the criminal trial process, by confining the courts' remedial powers to the criminal sphere.

Subsequent jurisprudence affirms this functional and structural approach. Since *Mills*, two judgments of this Court have dealt with "court of competent jurisdiction" under s. 24: *Weber, supra*, and *Mooring, supra*. Both cases focused on the remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24. In *Weber*, the Court addressed the question of whether a labour arbitrator is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purposes of awarding damages for a *Charter* breach. In *Mooring*, the Court considered whether the National Parole Board could exclude *Charter*-offending evidence as a court of competent jurisdiction under s. 24. In both cases, the jurisdiction of the tribunal over the person and subject matter was established; the critical issue was whether the tribunal enjoyed the power to grant the remedy sought. This jurisdiction was found in the labour arbitrator in *Weber*, but not in the Parole Board in *Mooring*.

In *Weber*, a labour arbitrator was found to be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) to award damages primarily because the Board's constituent statute authorized it to make an award of this type. The statute conferred on the Board the mandate, function and structure to make damage awards.

réparations fondées sur la *Charte* qui sont accessoires à ce procès. À cette fin, il peut puiser dans toute la panoplie des réparations relevant du droit criminel pour façonner une réponse convenable et juste à une violation de la *Charte*. Cette méthode aide la juridiction de jugement à s'acquitter de sa fonction en favorisant, à cette étape, la résolution complète des questions relatives à la *Charte* et en laissant au tribunal une souplesse considérable dans l'élaboration de réparations adaptées aux circonstances précises de l'affaire dont il est saisi. Par la même occasion, cette méthode respecte les limites structurelles du processus pénal en restreignant au domaine du droit criminel les pouvoirs des tribunaux en matière de réparations.

La jurisprudence subséquente confirme cette méthode fonctionnelle et structurelle. Dans deux affaires depuis l'arrêt *Mills*, notre Cour a examiné la notion de « tribunal compétent » au sens de l'art. 24 : *Weber*, précité, et *Mooring*, précité. Ces deux arrêts portaient principalement sur la compétence des tribunaux administratifs en matière de réparations fondées sur l'art. 24. Dans *Weber*, notre Cour s'est demandé si un arbitre en droit du travail était un tribunal compétent au sens du par. 24(1) pour accorder des dommages-intérêts en cas de violation de la *Charte*. Dans *Mooring*, notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles était un tribunal compétent au sens de l'art. 24 pour écarter des éléments de preuve recueillis en violation de la *Charte*. Dans ces deux arrêts, la compétence du tribunal à l'égard des parties et de l'objet du litige a été établie; la question fondamentale était de savoir si le tribunal jouissait du pouvoir d'accorder la réparation demandée. Dans *Weber*, on a conclu que l'arbitre détenait cette compétence, mais dans *Mooring* on a jugé que la Commission nationale des libérations conditionnelles ne l'avait pas.

Dans l'arrêt *Weber*, notre Cour a conclu qu'un arbitre en droit du travail était, au sens du par. 24(1), un tribunal compétent pour accorder des dommages-intérêts, principalement parce que la loi constitutive de la commission l'autorisait à rendre une décision de ce genre. La loi investissait

While the reasons do not use the language of function and structure, the decision may be seen as turning on the fact that the legislature had equipped the tribunal to make damage awards generally and therefore must have intended this power to extend to *Charter*-based claims. In short, the Board was by function and structure equipped to grant the remedy sought.

62

It is in *Mooring*, *supra*, that the language of function and structure first emerges in express form. Moving beyond the “type of” remedy language of *Weber*, Sopinka J., for the majority, engaged in a detailed analysis of the “structure and function” of the Board (at para. 24) in assessing whether the Board had the “power to grant the remedy sought”. A number of aspects of the Board’s structure, in his opinion, weighed against its competency to exclude relevant evidence as a *Charter* remedy (at para. 26):

[T]he Parole Board does not hear and assess evidence, but instead acts on information. The Parole Board acts in an inquisitorial capacity without contending parties — the state’s interests are not represented by counsel, and the parolee is not faced with a formal “case to meet”. From a practical perspective, neither the Board itself nor the proceedings in which it engages have been designed to engage in the balancing of factors that s. 24(2) demands. [Emphasis added.]

63

Similarly, Sopinka J. found that the function of the Board — assessing the risk posed to society by parolees — counseled against finding jurisdiction to exclude relevant evidence. These factors, combined with the lack of statutory authority to exclude relevant evidence, led Sopinka J. to the conclusion that the Board did not have jurisdiction over the remedy sought. Major J. (McLachlin J. concurring) dissented, but did not suggest that the function of the Board and its

en effet la commission en cause du mandat, de la fonction et la structure nécessaires pour ordonner le paiement de dommages-intérêts. Bien que les termes fonction et structure ne soient pas utilisés dans les motifs, on peut considérer que la décision repose sur le fait que la législature avait doté le tribunal des attributs requis pour accorder des dommages-intérêts de façon générale et qu’elle devait, en conséquence, avoir voulu que ce pouvoir s’étende aux demandes fondées sur la *Charte*. Bref, de par sa fonction et sa structure, la Commission en cause était en mesure d’accorder la réparation demandée.

C’est dans l’arrêt *Mooring*, précité, que les expressions fonction et structure ont été utilisées explicitement pour la première fois. S’éloignant de l’expression « genre de » réparation utilisée dans *Weber*, le juge Sopinka, s’exprimant pour la majorité, s’est livré à une analyse approfondie de « la structure et de la fonction » de la Commission (au par. 24) pour déterminer si celle-ci avait le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». À son avis, un certain nombre d’aspects de la structure de la Commission militaient contre l’existence de la compétence de celle-ci d’écarter des éléments de preuve pertinents en tant que réparation fondée sur la *Charte* (au par. 26) :

[L]a Commission n’entend et n’évalue aucun témoignage, et [elle] agit plutôt sur la foi de renseignements. Elle exerce des fonctions d’enquête sans la présence de parties opposées : il n’y a pas d’avocat pour défendre les intérêts de l’État, et le détenu en liberté conditionnelle n’a pas de « preuve à réfuter » comme telle. D’un point de vue pratique, ni la Commission ni les procédures qu’elle engage n’ont été conçues pour procéder à l’évaluation de facteurs requise par le par. 24(2). [Je souligne.]

De même, le juge Sopinka a estimé que la fonction de la Commission — l’appréciation du risque que constituent pour la société les détenus en liberté conditionnelle — militait contre la reconnaissance de la compétence d’écarter des éléments de preuve pertinents. Ces facteurs, conjugués à l’absence dans la loi de pouvoir autorisant la Commission à écarter des éléments de preuve pertinents, ont amené le juge Sopinka à conclure que celle-ci n’avait pas compétence à l’égard de la réparation demandée.

suitability to hear *Charter* matters were not determinative.

In *Mooring* and *Weber*, the language of the statutes creating and empowering the tribunals played a more prominent role than was evident in *Mills*. As discussed, a court or tribunal's enabling legislation will often prove invaluable in discerning legislative intent. The history and accepted practice of the institution may also provide insight. In some circumstances, one source may provide more guidance than the other. In *Mills*, for example, the function of criminal trial courts, and the structural limits of their procedures and processes, were accepted by the Court as largely self-evident, without need to resort to the precise language of their governing statutes. Since all criminal courts are uniformly competent to grant criminal law remedies, there is no virtue in making further distinctions based on the source of the court's jurisdiction; in the words of Lamer J., there is no principled basis "for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit" (p. 886).

By contrast, in assessing the remedial jurisdiction of administrative tribunals in *Weber* and *Mooring*, the Court emphasized the tribunals' statutory authority to issue remedies of the type sought. This focus on statutory authority in assessing power to grant the remedy sought makes eminent sense in the administrative context. Administrative tribunals, unlike criminal courts, do not share substantially uniform structures and functions. Their structures and functions are as diverse as the roles they perform in Canadian society. Administrative tribunals vary widely in virtually every aspect — experience, expertise, structure, function, resources and mandate: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at pp. 634-35; *Canadian*

Le juge Major (avec l'appui du juge McLachlin) a exposé des motifs de dissidence, mais il n'a pas suggéré que la fonction de la Commission et son aptitude à connaître des questions relatives à la *Charte* n'étaient pas des considérations déterminantes.

Dans les arrêts *Mooring* et *Weber*, le texte de la loi constitutive et habilitante de chacun des tribunaux administratifs concernés a joué un rôle plus important que dans l'arrêt *Mills*. Comme il a été expliqué précédemment, la loi habilitante du tribunal judiciaire ou administratif se révèle souvent très utile pour dégager l'intention du législateur. L'histoire de l'organisme et sa pratique reconnue peuvent également fournir des indications. Dans certaines circonstances, une source peut éclairer davantage qu'une autre. Dans l'arrêt *Mills*, par exemple, la Cour a estimé que la fonction des cours de juridiction criminelle et les limites structurelles de leurs processus et procédures étaient largement évidentes, sans qu'il soit nécessaire de se référer au texte précis de leur loi habilitante. Étant donné que toutes les cours de juridiction criminelle sont compétentes pour accorder des réparations relevant du droit criminel, il ne sert à rien de faire d'autres distinctions reposant sur la source de la compétence du tribunal concerné. Pour reprendre les mots du juge Lamer, il n'y a aucun fondement de principes permettant « de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siègent » (p. 886-887).

Par contre, dans le cours de son examen de la compétence des tribunaux administratifs concernés en matière de réparations dans les arrêts *Weber* et *Mooring*, notre Cour a souligné que ces tribunaux avaient, en vertu de leur loi habilitante, le pouvoir d'ordonner des réparations du genre de celles demandées. Le fait de mettre l'accent sur le pouvoir conféré par la loi pour déterminer l'existence du pouvoir d'accorder la réparation demandée est éminemment logique en contexte administratif. Contrairement aux cours de juridiction criminelle, les divers tribunaux administratifs n'ont pas des structures et des fonctions substantiellement uniformes. Leurs structures et leurs fonctions sont aussi diverses que les rôles qu'ils jouent dans la société canadienne. Les tribunaux administratifs diffèrent

64

65

Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 117. It follows that courts must carefully consider an administrative tribunal's constituent statute to determine its intended function and structure.

grandement les uns des autres à pratiquement tous égards — expérience, expertise, structure, fonction, ressources et mandat : *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 634-635; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 117. Il s'ensuit que la cour appelée à statuer sur la question doit examiner avec soin la loi constitutive d'un tribunal administratif pour déterminer la fonction et la structure qu'on entendait lui donner.

66

A significant factor in this analysis will be the nature of the tribunal's power to grant remedies under statute. Statutory authority to grant a particular remedy, or the lack thereof, is a telling indication of the tribunal's level of experience and expertise with that type of remedy, and possibly the compatibility of this remedy with its function. These are all compelling factors in answering the central question of whether the legislature can be taken to have intended the tribunal to determine *Charter* rights and award the remedy sought for breaches of those rights. In general, the stronger the nexus between the tribunal's statutory jurisdiction to grant remedies, on one hand, and the remedial jurisdiction sought under s. 24 on the other, the more compelling the inference that the tribunal is competent to issue the desired *Charter* relief.

Un facteur important dans cette analyse est la nature du pouvoir dont dispose le tribunal administratif pour accorder des réparations en vertu de cette loi. L'existence ou l'absence du pouvoir d'ordonner une réparation donnée en vertu de la loi est révélatrice quant au niveau d'expérience et d'expertise du tribunal relativement à ce genre de réparation et, possiblement, quant à la compatibilité de cette réparation avec la fonction du tribunal. Ces facteurs sont tous des éléments essentiels pour répondre à la question fondamentale de savoir si l'on peut considérer que le législateur entendait que le tribunal concerné se prononce sur les droits garantis par la *Charte* et accorde la réparation demandée en cas d'atteinte à ces droits. En général, plus fort est le lien entre le pouvoir du tribunal d'ordonner des réparations en vertu de sa loi habilitante d'une part, et la compétence en matière de réparations qu'on désire qu'il exerce en vertu de l'art. 24 d'autre part, plus incontournable est la conclusion que le tribunal est compétent pour accorder la réparation demandée sous le régime de la *Charte*.

67

However, statutory authority to grant the type of remedy sought will not always prove conclusive; it is merely one of a number of factors to be considered in discerning the structure and function of the tribunal, as a means of determining the intention of Parliament or the legislature. Another critical factor may be the presence or absence of safeguards necessary to permit the tribunal to give fair and informed decisions on *Charter* rights and award remedies for their breach. As discussed, these considerations led the majority of the Court in *Mooring* to hold that the Parole Board lacked the jurisdiction over the remedy sought (the exclusion of improp-

Cependant, l'existence dans la loi du pouvoir d'accorder le genre de réparation demandée ne sera pas toujours déterminante. En effet, elle n'est que l'un des divers facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer la structure et la fonction du tribunal administratif concerné, dans le but de dégager l'intention du Parlement ou de la législature. La présence ou l'absence des mesures de protection nécessaires pour permettre au tribunal de statuer de façon équitable et éclairée sur les droits garantis par la *Charte* et d'accorder des réparations pour leur violation peut s'avérer un autre facteur important. Comme il a été indiqué plus tôt, ces fac-

erly obtained evidence under s. 24(2)), and therefore was not a court of competent jurisdiction under s. 24.

In summary, the jurisprudence of this Court on s. 24(1) demonstrates a dominant concern with discerning legislative intent in light of the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. At heart, this is a functional and structural analysis. This approach found its clearest expression in the reasons of Sopinka J. in *Mooring*, but it also animated the dissenting opinion in that case, as well as the previous decisions of this Court in *Weber* and *Mills*.

(2) Consistency with the Approach to Discerning Legislative Intent in Other Contexts

The “functional and structural” approach to determining whether a tribunal is competent to grant *Charter* remedies under s. 24(2) accords with the general approach to discerning the implied powers of statutory bodies, and the test established by this Court for determining whether a tribunal has jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

It is well established that a statutory body enjoys not only the powers expressly conferred upon it, but also by implication all powers that are reasonably necessary to accomplish its mandate: *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1995), vol. 44(1), at para. 1335. In other words, the powers of a statutory court or tribunal extend beyond the express language of its enabling legislation to the powers necessary to perform its intended functions: *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

teurs ont amené les juges majoritaires de notre Cour dans *Mooring* à conclure que la Commission des libérations conditionnelles n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée (l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2)) et n'était donc pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24.

En résumé, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(1) témoigne du souci prédominant de dégager l'intention du législateur à la lumière de la fonction du tribunal concerné et des limites que sa structure lui impose. Il s'agit fondamentalement d'une analyse fonctionnelle et structurelle. Cette approche, qui a été exprimée on ne peut plus clairement dans les motifs du juge Sopinka dans *Mooring*, est également au cœur de l'opinion dissidente dans cet arrêt ainsi que dans les arrêts *Weber* et *Mills* rendus antérieurement par notre Cour.

(2) Cohérence avec l'approche applicable pour dégager l'intention du législateur dans d'autres contextes

L'approche « fonctionnelle et structurelle » appliquée pour déterminer si un tribunal a compétence pour accorder des réparations en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est compatible avec l'approche générale permettant de reconnaître les pouvoirs implicites des organismes créés par une loi et avec le critère établi par notre Cour pour décider si un tribunal est compétent pour examiner les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est bien établi qu'un organisme créé par une loi jouit non seulement des pouvoirs que celle-ci lui confère expressément, mais aussi, par implication nécessaire, de tous ceux qui sont raisonnablement nécessaires à l'accomplissement de son mandat : *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1995), vol. 44(1), par. 1325. En d'autres termes, les pouvoirs d'un tribunal judiciaire ou administratif créé par une loi ne se limitent pas aux termes exprès de sa loi habilitante, mais englobent également les pouvoirs nécessaires à l'exécution des fonctions qu'il est censé accomplir : *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

68

69

70

71

Consequently, the function of a statutory body is of principal importance in assessing whether it is vested with an implied power to grant the remedy sought. Such implied powers are found only where they are required as a matter of practical necessity for the court or tribunal to accomplish its purpose: *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275 (C.A.). While these powers need not be absolutely necessary for the court or tribunal to realize the objects of its statute, they must be necessary to effectively and efficiently carry out its purpose: *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.); *Bell Canada*, *supra*; Macaulay and Sprague, *supra*, vol. 4, at p. 29-2. This emphasis on the function of a court or tribunal, in discerning the powers with which the legislature impliedly endowed it, accords with the functional and structural approach to the *Mills* test set out above.

72

Not surprisingly, the Court has adopted a similar approach to determining whether an administrative tribunal has jurisdiction to consider the constitutional validity of its constituent statute under s. 52(1). This analysis rests on the proposition that statutory bodies can only derive the authority to consider *Charter* issues from Parliament or the legislatures. It lies entirely within the discretion of Parliament or the legislatures to confer this authority upon a tribunal or, conversely, to withhold this jurisdiction: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. Consequently, the question in every case is “whether the legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*”: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at pp. 14-15.

73

Where such an intention is not stated expressly, it may be implied from the structure of the tribunal’s enabling legislation, the powers conferred on

Par conséquent, la fonction d’un organisme créé par une loi est un facteur de première importance pour déterminer s’il a été investi du pouvoir implicite d’accorder la réparation demandée. De tels pouvoirs implicites existent uniquement lorsqu’ils sont nécessaires en pratique pour que le tribunal judiciaire ou administratif puisse s’acquitter de sa mission : *Loi sur l’Office national de l’énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.). Bien qu’il ne soit pas essentiel que ces pouvoirs soient absolument nécessaires pour que le tribunal judiciaire ou administratif puisse réaliser les objectifs visés par sa loi constitutive, ils doivent être nécessaires pour lui permettre de le faire de façon efficace et efficiente : *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.); *Bell Canada*, précité; Macaulay et Sprague, *op. cit.*, vol. 4, p. 29-2. Cette attention particulière à la fonction du tribunal judiciaire ou administratif, dans le cadre de la détermination des pouvoirs que le législateur lui a implicitement conférés, concorde avec l’approche fonctionnelle et structurelle applicable à l’égard du critère établi dans l’arrêt *Mills* décrite précédemment.

Il n’est pas étonnant que notre Cour ait adopté une approche analogue pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi constitutive au regard du par. 52(1). Cette analyse repose sur la prémisse selon laquelle seul le Parlement ou la législature concernée peut investir un organisme créé par une loi du pouvoir de connaître des questions liées à la *Charte*. Il appartient entièrement au Parlement ou aux législatures de conférer ce pouvoir à un tribunal administratif ou, à l’inverse, de l’en priver : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Par conséquent, la question qui se pose dans chaque affaire est de savoir « si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d’interpréter et d’appliquer la *Charte* » : *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 15.

Lorsque cette intention n’est pas indiquée explicitement, elle peut être inférée de l’économie de la loi habilitante du tribunal en question, des pouvoirs

the tribunal, the functions it performs and the overall context in which it operates under the legislation: *Tétreault-Gadoury* (S.C.C.), *supra*; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. This is, in essence, a functional and structural analysis.

(3) Consistency with Section 24

Finally, the functional and structural approach to assessing a court or tribunal's power to grant the remedy sought comports with the principles underscoring s. 24. As set out earlier, the task of the court in interpreting s. 24 of the *Charter* is to achieve a liberal, purposive approach that promotes direct access to appropriate and just *Charter* remedies under s. 24(1) and (2), while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of the legislative branch in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals. The proper approach to s. 24 cannot be so restrictive that it unnecessarily impedes direct access to *Charter* remedies in a competent forum, nor can it be overly relaxed, to the extent that courts and tribunals may find themselves burdened with applications for *Charter* relief that the legislature never intended — or equipped — them to entertain.

The functional and structural approach strikes this balance between meaningful access to *Charter* relief and deference to the role of the legislatures. It rests on the theory that where a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*. This approach promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief. At the same time, the jurisdiction

conférés à celui-ci, des fonctions qu'il exerce et du contexte global dans lequel il exerce ses activités en vertu de la loi : *Tétreault-Gadoury* (C.S.C.), précité; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Il s'agit là essentiellement d'une analyse fonctionnelle et structurelle.

(3) Conformité avec l'art. 24

Enfin, l'approche fonctionnelle et structurelle qui est appliquée pour décider si un tribunal judiciaire ou administratif a le pouvoir d'accorder la réparation demandée est compatible avec les principes qui sous-tendent l'art. 24. Comme il a été mentionné précédemment, il incombe au tribunal qui interprète l'art. 24 de la *Charte*, d'appliquer une approche libérale et téléologique, qui facilite l'accès direct à des réparations convenables et justes fondées sur les par. 24(1) et (2) de la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au pouvoir législatif, soit celui de fixer la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs. L'approche qu'il convient d'appliquer à l'égard de l'art. 24 ne doit pas être restrictive au point de gêner inutilement la possibilité d'avoir accès directement à des réparations fondées sur la *Charte* devant le forum compétent. Elle ne doit non plus être si souple que les tribunaux judiciaires et administratifs soient inondés de demandes de réparations fondées sur la *Charte* que le législateur n'a jamais voulu leur confier et à l'égard desquelles il ne leur a pas fourni les outils requis.

L'approche fonctionnelle et structurelle permet de réaliser cet équilibre entre l'accès concret aux réparations prévues par la *Charte* et la déférence envers le rôle des législatures. Elle repose sur la théorie selon laquelle, lorsqu'un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l'amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l'absence d'intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*. Cette approche

74

75

of courts and tribunals ultimately remains a matter of legislative intention. Parliament and the legislatures remain master over the powers the tribunals they create possess. Subject to constitutional constraints, they may withhold the power to grant any or all *Charter* remedies. They may indicate such exclusion either expressly, or by implication, such as where they do not properly equip the tribunal to hear and decide *Charter* rights and remedies. Whether Parliament or the legislature intended to exclude a particular remedial power is determined by reference to the function the legislature has asked the tribunal to perform and the powers and processes with which it has furnished it.

C. Application

76

The issue before us is whether a justice sitting under the *POA* can find that the Crown, by failing to disclose documents, is in breach of the *Charter* and order it to pay costs under s. 24(1). The resolution of this issue hinges on whether a provincial offences court is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) for the purposes of ordering a costs award for a *Charter* violation. The first two elements of the tripartite *Mills* test for identifying a “court of competent jurisdiction” — jurisdiction over the parties and the subject matter — are clearly satisfied on the facts of this appeal. The sole issue is whether the provincial offences court satisfies the third and final element of the *Mills* test: power to grant the remedy sought.

favorise l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder. Par ailleurs, la question de la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs dépend en dernière analyse de l'intention du législateur. Le Parlement et les législatures demeurent maîtres des pouvoirs que possèdent les tribunaux qu'ils créent. Sous réserve des limites d'ordre constitutionnel, ils peuvent priver un tribunal du pouvoir d'accorder soit toute réparation fondée sur la *Charte* soit l'une ou l'autre de ces réparations. Ils peuvent indiquer une telle exclusion de façon explicite ou implicite, par exemple dans ce dernier cas en ne dotant pas le tribunal des attributs requis pour statuer sur les droits et réparations prévus par la *Charte*. Pour décider si le Parlement ou la législature concernée entendait exclure un pouvoir de réparation donné, on examine la fonction qu'il a demandé au tribunal d'accomplir, ainsi que les pouvoirs et procédures dont celui-ci a été doté.

C. Application

La question dont nous sommes saisis est de savoir si le juge siégeant en vertu de la *LIP* peut conclure que la Couronne a contrevenu à la *Charte* en omettant de communiquer des documents et peut condamner celle-ci aux dépens en vertu du par. 24(1). Pour trancher cette question, il faut décider si le tribunal des infractions provinciales est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour prononcer une condamnation aux dépens pour cause de violation de la *Charte*. À la lumière des faits du présent pourvoi, il est clair que sont respectés, en l'espèce, les deux premiers éléments du critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *Mills* pour déterminer si un tribunal est un « tribunal compétent », à savoir la compétence sur les parties et la compétence sur l'objet du litige. Il reste seulement à décider si le tribunal des infractions provinciales satisfait au troisième et dernier élément du critère énoncé dans *Mills* : l'existence du pouvoir d'accorder la réparation demandée.

77

All parties agree that the *POA* does not expressly confer upon the provincial court the jurisdiction to

Les parties s'accordent pour dire que la *LIP* ne confère pas explicitement au tribunal provincial le

award legal costs as a *Charter* remedy. The remaining question, then, is whether such an intention is implied by the function and structure of the provincial offences court. I have reached the conclusion, upon consideration of these factors, that the provincial offences court is an appropriate forum for the just resolution of this *Charter* issue, and that the legislature, having sufficiently equipped this court to fashion a costs remedy in these circumstances, intended it to exercise this power to address violations of the *Charter* that arise in the course of its proceedings.

(1) The Function of the Provincial Offences Court

The function of a provincial court operating under the *POA* is to try provincial offences. While the majority of these offences involve minor regulatory infractions, they also concern important matters like environmental protection and, as here, workplace health and safety. These offences carry penalties ranging from significant fines to terms of imprisonment. The public and penal nature of such prosecutions suggests they are more criminal than civil in nature: see W. D. Drinkwater and J. D. Ewart, *Ontario Provincial Offences Procedure* (1980), at pp. 4-7. Provincial offences courts are, for practical purposes, quasi-criminal courts, determining guilt and innocence and imposing commensurate criminal penalties.

This brings the provincial offences court within the ambit of *Mills*. As discussed, this Court in *Mills* envisioned a front-line role for statutory criminal courts in dispensing *Charter* remedies, with the superior courts occupying a complete and concurrent, but primarily residual role in proceedings not originating before them. Indeed, a superior court is compelled to decline jurisdiction to issue *Charter* relief, unless “it is more suited than the trial court to

pouvoir d’accorder les frais de justice en tant que réparation fondée sur la *Charte*. La question qu’il reste donc à trancher est de savoir si cette intention ressort implicitement de la fonction et de la structure du tribunal des infractions provinciales. Après examen de ces facteurs, j’en suis arrivée à la conclusion que ce tribunal est un forum approprié pour apporter une juste solution à cette question touchant la *Charte* et que, l’ayant doté des outils suffisants pour lui permettre de façonner une réparation au titre des dépens dans les circonstances, la législature entendait qu’il exerce ce pouvoir pour remédier aux violations de la *Charte* survenant au cours des procédures se déroulant devant lui.

(1) La fonction du tribunal des infractions provinciales

Le tribunal agissant en vertu de la *LIP* a pour fonction de juger les infractions provinciales. Bien que ces infractions soient en majorité des infractions mineures d’ordre réglementaire, elles portent aussi sur des questions importantes comme la protection de l’environnement et, dans le cas qui nous occupe, la santé et la sécurité au travail. Ces infractions entraînent des peines allant d’amendes considérables à des périodes d’emprisonnement. Le caractère public et pénal des poursuites intentées à l’égard de ces infractions indique que ces poursuites ont un caractère davantage criminel que civil : voir W. D. Drinkwater et J. D. Ewart, *Ontario Provincial Offences Procedure* (1980), p. 4-7. À toutes fins pratiques, le tribunal des infractions provinciales est une cour de juridiction quasi criminelle, qui décide de la culpabilité ou de l’innocence de l’intéressé et inflige des sanctions d’ordre criminel appropriées.

En conséquence, le tribunal des infractions provinciales est visé par l’arrêt *Mills*. Comme il a été vu plus tôt, dans *Mills* notre Cour a envisagé pour les juridictions criminelles créées par une loi un rôle d’intervenant de première ligne en matière de réparations fondées sur la *Charte*, les cours supérieures jouant un rôle complet et parallèle, mais avant tout résiduel, dans les instances non introduites devant elles. D’ailleurs, une cour supérieure est tenue de

78

79

assess and grant the remedy that is just and appropriate”: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 37-24. Provincial offences courts, like other criminal trial courts, are the preferred forum for issuing *Charter* remedies in the cases originating before them, where they will have the “fullest account of the facts available” (*Mills*, at p. 971, *per* La Forest J.). This is particularly true where the *Charter* violation relates to the conduct of the trial: *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. This role commends a full complement of criminal law remedies at the disposal of provincial offences courts. This broad remedial jurisdiction is necessary to prevent frequent resort to superior courts to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just.

se déclarer incompétente pour accorder une réparation fondée sur la *Charte*, sauf si « elle [. . .] s’estime plus apte que la juridiction de jugement pour déterminer et accorder la réparation juste et convenable » : *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603-604; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 37-24. À l’instar des autres juridictions de jugement, le tribunal des infractions provinciales constitue la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, puisqu’il dispose alors de « l’exposé le plus complet possible des faits » (*Mills*, p. 971, le juge La Forest). C’est particulièrement vrai lorsque la violation de la *Charte* est liée au déroulement du procès : *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Pour s’acquitter de ce rôle, le tribunal des infractions provinciales doit disposer de toute la panoplie des réparations du droit criminel. Cette vaste compétence réparatrice est nécessaire afin d’empêcher que l’on s’adresse trop fréquemment aux cours supérieures pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et afin de garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste.

80

Costs awards to discipline untimely disclosure are integrally connected to the function of the provincial offences court as a quasi-criminal trial court. Costs awards have a long history as a traditional criminal law remedy. Although sparingly used prior to the advent of the *Charter*, superior courts have always possessed the inherent jurisdiction to award costs against the Crown: *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *R. v. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709 (C.A.), at p. 712. In recent years, costs awards have attained more prominence as an effective remedy in criminal cases; in particular, they have assumed a vital role in enforcing the standards of disclosure established by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. See, for example: *Pawlowski*, *supra*; *Pang*, *supra*; *R. v. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449 (N.S.C.A.).

Le prononcé d’une condamnation aux dépens pour sanctionner la communication tardive d’éléments de preuve fait partie intégrante du rôle du tribunal des infractions provinciales en tant que cour de juridiction quasi criminelle. Les dépens sont une réparation traditionnelle du droit criminel. Bien que les cours supérieures y aient peu souvent eu recours avant l’édiction de la *Charte*, elles ont toujours possédé le pouvoir inhérent de condamner la Couronne aux dépens : *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *R. c. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709 (C.A.), p. 712. Au cours des dernières années, la condamnation aux dépens a pris une place plus importante en tant que réparation efficace dans les affaires criminelles; en particulier, elle est devenue une mesure cruciale en vue d’assurer le respect des normes de communication de la preuve établies par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Voir, par exemple : *Pawlowski*, précité; *Pang*, précité; *R. c. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449 (C.A.N.-É.).

Such awards, while not without a compensatory element, are integrally connected to the court's control of its trial process, and intended as a means of disciplining and discouraging flagrant and unjustified incidents of non-disclosure. Deprived of this remedy, a provincial offences court may be confined to two extreme options for relief — a stay of proceedings or a mere adjournment — neither of which may be appropriate and just in the circumstances. Since untimely pre-trial disclosure will rarely merit a stay of proceedings when the court can protect the fairness of the trial with a disclosure order (*O'Connor, supra*, at paras. 75-83; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paras. 90-92), denying the provincial offences court the jurisdiction to issue a costs award may deprive it of the only effective remedy to control its process and recognize the harm incurred, even in cases involving unjustified and flagrant disregard for the accused's rights. In these circumstances, the issuance of a costs award is a quintessential example of "the development of imaginative and innovative remedies when just and appropriate" that Lamer J. identified as essential to the meaningful enforcement of *Charter* rights through the s. 24 guarantee (*Mills, supra*, at p. 887).

Further, fracturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. It may be unrealistic to expect criminal accused, who often rely on legal aid to mount a defence against the state, to bring a separate action in the provincial superior court to recover the costs arising from the breach of their *Charter* rights. This option, while available in theory, may far too often prove illusory in practice. While some delay or inconvenience may be an inevitable result of balancing access to *Charter* relief with the practice and structure of the existing

Bien qu'elle comporte un aspect indemnitaire, une telle réparation est intimement liée à la maîtrise que le tribunal exerce sur sa procédure et elle se veut un moyen de sanctionner et de décourager les cas flagrants et injustifiés de non-communication de la preuve. Privé de cette réparation, le tribunal des infractions provinciales pourrait n'avoir le choix qu'entre deux mesures de redressement extrêmes — l'arrêt des procédures et le simple ajournement — qui risquent toutes deux de ne pas être convenables et justes eu égard aux circonstances. Puisque le défaut de communiquer un élément de preuve en temps utile avant le procès justifie rarement l'arrêt des procédures, lorsque le tribunal peut préserver l'équité du procès au moyen d'une ordonnance de communication (*O'Connor*, précité, par. 75-83; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 90-92), le fait de refuser au tribunal des infractions provinciales le pouvoir d'ordonner le paiement de dépens pourrait le priver de la seule réparation efficace lui permettant de faire respecter sa procédure et de tenir compte du préjudice causé, même dans les affaires où on a fait fi de manière flagrante et injustifiée des droits de l'accusé. Dans de telles circonstances, le fait d'accorder les dépens constitue l'exemple type de « développe[ment] d[e] réparations imaginatives et innovatrices lorsque cela est juste et convenable », mesure que le juge Lamer a qualifiée d'essentielle pour assurer concrètement l'application des droits protégés par la *Charte* au moyen de la garantie de l'art. 24 (*Mills*, précité, p. 887).

En outre, le fait de diviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que l'accusé — qui est souvent tributaire de l'aide juridique pour se défendre contre l'État — intente une action distincte devant la cour supérieure de la province pour être indemnisé des frais découlant de la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Quoiqu'elle existe en théorie, cette solution risque trop souvent de s'avérer illusoire en pratique. Par

legal system, the Court should not interpret the will of the legislature in such a way that it results in the effective denial of *Charter*-mandated relief, in the absence of an unequivocal indication to this effect.

83

The Crown contends that recognizing the jurisdiction in provincial offences courts to order costs for *Charter* breaches would undermine the specialized function of these courts. It argues that the emphasis of the *POA* is on the expedient adjudication of regulatory offences. Since many of these offences involve minor traffic, liquor or municipal by-law infractions with nominal fines, the Crown contends that the framers did not intend to burden these processes with the additional complication and delay of assessing costs awards. The prejudice in these proceedings is less than in criminal proceedings, it is argued, and full legal costs are not required to ameliorate any prejudice that arises from *Charter* violations.

84

It is true that the provincial offences court performs a specialized function that is distinct, in some respects, from that of a traditional criminal court. The purpose of the *POA*, as set out in s. 2(1), is to establish a procedure for the prosecution of provincial offences “that reflects the distinction between provincial offences and criminal offences”. However, as discussed, this distinction is not between criminal and non-criminal offences, but rather between criminal and quasi-criminal offences. The proceedings remain penal in nature. And while many of the prosecutions under the *POA* may indeed involve minor regulatory infractions, claims for *Charter* relief will generally arise from prosecutions that involve significant fines and the

ailleurs, quoique le fait de concilier l'accès aux réparations fondées sur la *Charte* d'une part et la pratique et la structure du système de justice existant d'autre part puisse entraîner inévitablement des retards ou des inconvénients, notre Cour ne doit pas, en l'absence d'indication claire à cet effet, interpréter la volonté du législateur d'une manière qui se traduirait dans les faits par la négation d'une réparation prescrite par la *Charte*.

La Couronne soutient que reconnaître au tribunal des infractions provinciales le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens en cas de violation de la *Charte* nuirait au rôle spécialisé de ce tribunal. Il plaide que l'idée maîtresse de la *LIP* est la célérité de la prise des décisions touchant les infractions d'ordre réglementaire. Comme bon nombre de ces infractions constituent des contraventions mineures soit à des dispositions relatives à la circulation automobile ou aux boissons alcooliques, soit à des règlements municipaux, infractions punissables par des amendes peu élevées, la Couronne affirme que les rédacteurs de la loi habilitante n'ont pas voulu alourdir ces procédures en leur ajoutant la complexité et les délais supplémentaires qu'occasionne la question des dépens. Le préjudice en cause dans ces instances est moins grand que dans les affaires criminelles, plaident-ils, et il n'est pas nécessaire d'accorder le plein montant des frais de justice pour remédier à quelque préjudice découlant de violations de la *Charte*.

Il est vrai que le tribunal des infractions provinciales exerce une fonction spécialisée qui, à certains égards, se distingue de celle d'une cour de juridiction criminelle traditionnelle. L'objet de la *LIP*, qui est énoncé au par. 2(1), est d'établir une procédure applicable à la poursuite des infractions provinciales « qui reflète la distinction existant entre les infractions provinciales et les infractions criminelles ». Toutefois, comme il a été expliqué plus tôt, la distinction ne porte pas sur les infractions criminelles et les infractions non criminelles, mais plutôt sur les infractions criminelles et les infractions quasi criminelles. Les instances conservent leur caractère pénal. En outre, bien que bon nombre de poursuites intentées en vertu de la *LIP*

possibility of imprisonment. In these cases, the distinction between provincial courts operating under the *Criminal Code* and the *POA* is far less material. The maximum sentence faced by the individual respondent in the instant case — a \$25,000 fine and/or 12 months imprisonment — exceeds the penalties generally levied for a number of summary conviction offences.

Further, the Crown concedes that legal costs in criminal and regulatory matters are an exceptional or remarkable event. It is consequently difficult to see how empowering the provincial offences court to order this remedy as an exceptional tool, in the comparatively few instances when *Charter* breaches would arise before it, imperils the expedient operation of these courts.

Nor will recognizing the jurisdiction in provincial offences courts to issue costs awards as a *Charter* remedy risk turning the Canadian legal system “upside down”. By ensuring that the remedies available to the provincial offences court fall within its competency as an institution to issue, meaningful access to *Charter* relief is promoted with minimal disruption to the existing jurisdictional scheme. There is little reason to believe that awarding costs will strain the work habits, resources or expertise of provincial offences courts; in fact, experience to this point suggests otherwise.

Neither is there any indication that the Crown will be subjected to such awards unfairly or arbitrarily. Crown counsel is not held to a standard

portent effectivement sur des infractions mineures d’ordre réglementaire, les demandes de réparations fondées sur la *Charte* découlent généralement de poursuites pour des infractions punissables par des amendes importantes et par l’emprisonnement. Dans ces affaires, la distinction entre les cours provinciales appliquant le *Code criminel* et le tribunal appliquant la *LIP* est beaucoup moins importante. La peine maximale dont est passible la personne physique intimée en l’espèce — une amende de 25 000 \$ et une période d’emprisonnement de 12 mois, ou l’une ou l’autre de ces peines — excède les peines généralement infligées à l’égard d’un certain nombre d’infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité.

La Couronne concède également que la condamnation au paiement des frais de justice dans les affaires en matières criminelles et réglementaires constitue une mesure exceptionnelle ou extraordinaire. Il est donc difficile de voir comment le fait d’habiliter le tribunal des infractions provinciales à ordonner cette réparation en tant que mesure exceptionnelle, dans les instances relativement peu nombreuses où des violations de la *Charte* se produisent devant lui, mettrait en péril le caractère expéditif de la procédure de ce tribunal.

Reconnaître au tribunal des infractions provinciales la compétence d’accorder les dépens à titre de réparation fondée sur la *Charte* ne risque pas non plus de « bouleverser » le système de justice canadien. En faisant en sorte que le tribunal des infractions provinciales ait compétence, en tant qu’institution, pour accorder les réparations qui existent, on favorise l’accès concret aux réparations fondées sur la *Charte* tout en ne dérangeant que de façon minime le régime existant de compétence des tribunaux. Il y a peu de raison de croire que le fait de pouvoir statuer sur les dépens affectera les habitudes de travail, les ressources ou l’expertise du tribunal des infractions provinciales; en fait, l’expérience observée jusqu’à maintenant suggère le contraire.

Il n’y a pas non plus la moindre indication que la Couronne sera condamnée aux dépens d’une manière inéquitable ou arbitraire. Les avocats de

85

86

87

of perfection, and costs awards will not flow from every failure to disclose in a timely fashion. Rather, the developing jurisprudence uniformly restricts such awards, at a minimum, to circumstances of a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of the prosecution. I fail to see how the provision of an expedient remedy in such cases, from a trial court that is not only competent but also ideally situated to make such an assessment, risks disrupting the existing system of justice.

88 Indeed, a failure to recognize this jurisdiction may arguably result in far more disruption of the administration of justice, by requiring resort to another forum to obtain an appropriate and just remedy, with all the attendant delays, expense and inconvenience. Most importantly, it may, as a matter of practical reality, deprive an accused of an appropriate and just remedy for even flagrant violations of his or her *Charter* rights, and thus render illusory both these guaranteed protections and the promise of their enforcement.

89 In summary, the provincial offences court's role as a quasi-criminal court of first instance weighs strongly in favour of an expansive remedial jurisdiction under s. 24 to promote complete resolution of *Charter* issues in the forum best situated to resolve them. In this light, authority to discipline egregious incidents of non-disclosure through awards of legal costs is consistent with — and would enhance — the role performed by these courts in the administration of criminal justice.

(2) The Structure of the Provincial Offences Court

90 The same features that characterize the provincial offences court as a quasi-criminal court also commend it as an appropriate forum for assessing costs awards for *Charter* breaches arising from non-disclosure. There is no appreciable difference between

la Couronne ne sont pas tenus à la perfection et les dépens ne seront pas accordés à chaque omission de communiquer la preuve en temps opportun. Au contraire, la jurisprudence qui s'établit à cet égard limite systématiquement l'octroi des dépens aux dérogations marquées et inacceptables par la poursuite aux normes raisonnables qu'on s'attend qu'elle respecte. Je ne vois pas en quoi le fait qu'une réparation appropriée soit accordée par une juridiction de jugement qui est non seulement compétente mais également fort bien placée pour rendre une telle décision risque de bouleverser le système juridique existant.

D'ailleurs, on peut prétendre que le fait de ne pas reconnaître cette compétence perturberait davantage l'administration de la justice, en obligeant l'intéressé à s'adresser à un autre forum pour obtenir une réparation convenable et juste, avec tous les frais, délais et inconvénients afférents à une telle démarche. Par-dessus tout, ce fait pourrait en pratique priver l'accusé d'une telle réparation, même à l'égard d'atteintes flagrantes aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*, et rendre ainsi illusoires ces garanties et la promesse de leur application.

En résumé, le rôle que joue le tribunal des infractions provinciales à titre de juridiction quasi criminelle de première instance milite fortement en faveur de la reconnaissance d'un vaste pouvoir de réparation fondé sur l'art. 24 visant à favoriser la résolution complète des questions liées à la *Charte* par la juridiction la mieux placée pour les régler. Considéré sous cet éclairage, le pouvoir de sanctionner les graves cas de non-communication de la preuve en ordonnant le paiement des frais de justice est non seulement compatible avec le rôle que joue ce type de tribunal dans l'administration de la justice pénale, mais il aurait également pour effet de le renforcer.

(2) La structure du tribunal des infractions provinciales

Les mêmes caractéristiques qui font du tribunal des infractions provinciales une juridiction quasi criminelle en font également un forum approprié pour accorder les dépens pour les violations de la *Charte* découlant de non-communication de la

criminal and quasi-criminal courts in terms of the structural limits of their proceedings. A court in which a justice presides over the trial of a provincial offence under the *POA* is clearly structured as a traditional “court”. Iacobucci J., dissenting in *Weber*, *supra*, noted the salient characteristics of a “court”: “the rules of procedure and evidence, the independence and legal training of its judges, the possibility of hearing from a third party intervenor such as an Attorney General or an *amicus curiae*” (p. 942). A provincial offences court trying an offence under the *POA* satisfies this description. It has its own detailed procedural rules (*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200), and abides by the standard rules of evidence. Judicial independence is required of justices of the peace. They receive legal training. The court’s rulings are subject to appellate review, and there can be intervenors on this appeal (*Rules of the Court of Appeal in Appeals Under the Provincial Offences Act*, Reg. 721/94, Rule 21(1)). In sum, it is a judicial process in an adversarial forum governed by the traditional rules of evidence.

The Crown alleges that a number of structural deficiencies in *POA* proceedings impair the ability of provincial offences courts to justly and fairly order costs awards under s. 24(1). It notes that the *POA* lacks a formal method of tariff calculation and makes no provision for the enforcement of costs orders once levied. In sum, the Crown argues that recognizing a jurisdiction in provincial offences courts to order payment of legal costs under s. 24(1) would cast these courts into waters in which they are not properly equipped to tread.

I do not share this concern. Issues of notice and computation of costs have not proven unmanagea-

preuve. Il n’y a aucune différence appréciable entre les cours criminelles et quasi criminelles du point de vue des limites structurelles de leurs procédures. Le tribunal où un juge préside, en vertu de la *LIP*, un procès relatif à une infraction provinciale est clairement structuré comme un « tribunal » traditionnel. Dans sa dissidence dans l’arrêt *Weber*, précité, le juge Iacobucci a fait état des principales caractéristiques d’un « tribunal » : « les règles de procédure et de preuve, l’indépendance et la formation juridique de ses juges, la possibilité d’entendre un tiers intervenant comme un procureur général ou un *amicus curiae* » (p. 942). Le tribunal des infractions provinciales qui juge une infraction en vertu de la *LIP* correspond à cette description. Il dispose de ses propres règles de procédure détaillées (*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Règl. 200), et il suit les règles de preuve ordinaires. Les juges de paix doivent être indépendants. Ils reçoivent une formation juridique. Les décisions du tribunal sont susceptibles de révision par voie d’appel et des intervenants peuvent participer à cet appel (*Règles de la Cour d’appel relatives aux appels interjetés en vertu de la Loi sur les infractions provinciales* de l’Ontario, Règl. 721/94, règle 21(1)). En bref, les instances du tribunal sont des instances judiciaires se déroulant dans le cadre d’une procédure contradictoire régie par les règles de preuve traditionnelles.

La Couronne affirme qu’un certain nombre de vices structurels affectant les procédures fondées sur la *LIP* nuisent à la capacité du tribunal des infractions provinciales de rendre, en vertu du par. 24(1), une ordonnance juste et équitable concernant les dépens. Il souligne que la *LIP* ne prévoit pas de méthode formelle de calcul des dépens et ne pourvoit pas à l’exécution des ordonnances de dépens une fois celles-ci rendues. Bref, la Couronne prétend que reconnaître au tribunal des infractions provinciales la compétence d’ordonner le paiement des dépens en vertu du par. 24(1) plongerait ces tribunaux dans des eaux qu’ils ne sont pas adéquatement équipés pour naviguer.

Je ne partage pas cette crainte. Les problèmes de notification et de calcul des dépens ne se sont pas

91

92

ble for provincial courts. Further, trial and appellate courts are developing guidelines to govern when such awards are appropriate and just, curbing the potential for arbitrary or unfair awards: *Pawlowski, supra*; *Pang, supra*; *R. v. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612 (Gen. Div.); *R. v. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65 (Ont. C.A.), at p. 73; *R. v. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303 (Alta. C.A.). Finally, since costs awards are only issued against the Crown, complex collection mechanisms and contempt procedures are unnecessary. These considerations suggest that the fashioning of costs orders as a *Charter* remedy may be safely entrusted to provincial offences courts.

(3) Conclusions on Power to Grant the Remedy Sought in the Instant Case

93

As a quasi-criminal trial court, *POA* justices may be assumed, absent a contrary indication, to possess the power to order payment of legal costs by the Crown as a remedy for *Charter* violations arising from untimely disclosure. This power may be inferred from their quasi-criminal function and structure. As with other criminal trial courts, the role of the provincial offences court in the broader legal system, and particularly its role as a court of first instance, provide the most valuable insight into the powers the legislature intended it to exercise. It is not necessary to engage in a searching examination of the constituent statute to issue the same “type of” remedy in the non-*Charter* context.

94

The language of the *POA*, however, cannot be ignored. If it indicates that the legislature did not intend the provincial offences courts to issue costs orders as a *Charter* remedy, then these courts are

révélés impossibles à gérer pour les cours provinciales. En outre, les tribunaux de première instance et les cours d’appel élaborent des lignes directrices permettant de déterminer dans quels cas de telles ordonnances sont convenables et justes, réduisant ainsi le risque que les dépens soient octroyés de manière arbitraire ou inéquitable : *Pawlowski*, précité; *Pang*, précité; *R. c. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612 (Div. gén.); *R. c. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65 (C.A. Ont.), p. 73; *R. c. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303 (C.A. Alb.). Enfin, puisque les dépens sont adjugés uniquement contre la Couronne, il est inutile d’établir de complexes mécanismes de perception des dépens et procédures en matière d’outrage. Ces facteurs tendent à indiquer qu’on peut confier sans risque au tribunal des infractions provinciales la responsabilité d’élaborer des ordonnances en matière de dépens en tant que réparation fondée sur la *Charte*.

(3) Conclusions relatives au « pouvoir d’accorder la réparation demandée » dans la présente affaire

Sauf indication contraire, on peut présumer que les juges de la *LIP* possèdent, en tant que cour de juridiction quasi criminelle, le pouvoir d’ordonner à la Couronne de payer les frais de justice à titre de réparation pour les violations de la *Charte* découlant du défaut de communiquer la preuve en temps utile. L’existence de ce pouvoir peut être inférée du caractère quasi criminel de la fonction et de la structure de ce tribunal. Comme c’est le cas pour d’autres juridictions criminelles de première instance, le rôle du tribunal des infractions provinciales dans l’ensemble du système de justice, particulièrement son rôle de tribunal de première instance, fournit l’indication la plus précieuse sur les pouvoirs que la législature entendait qu’il exerce. Il n’est pas nécessaire de se livrer à un examen approfondi de sa loi constitutive pour trouver le fondement législatif du pouvoir d’accorder le même « genre de » réparation lorsque la *Charte* ne s’applique pas.

On ne saurait toutefois faire abstraction du texte de la *LIP*. Si celui-ci indique que la législature n’entendait pas que le tribunal des infractions provinciales rende des ordonnances en matière de dépens

not so empowered. This brings us to the Crown's argument that the legislature confined the power of *POA* justices to grant costs (and, even then, only witness costs) to specific procedural breaches and that this indicates an intention not to permit them to grant *Charter* remedies for costs in matters other than those prescribed by the *POA*.

I cannot accept this argument. Given all the elements in this case that point to the power to make the order sought under s. 24, I find it difficult to infer a contrary intention from the fact that the statute does not confer on the court a general right to award legal costs. The legislature gave the court functions destined to attract *Charter* issues. These functions by their nature are likely to bring the tribunal into the domain of *Charter* rights. They necessarily implicate matters covered by the *Charter*, including fair trial rights and remedies for violations of these rights. It is therefore reasonable to assume that the legislature intended the *POA* court to deal with those *Charter* issues incidental to its process that it is suited to resolve, by virtue of its function and structure.

In criminal proceedings, incidental *Charter* issues are routinely resolved at the trial stage without recourse to other proceedings, a procedure repeatedly endorsed by this Court as desirable: *Mills*, *supra*; *Rahey*, *supra*; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourteassis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53. It is logical to assume that the Ontario Legislature intended the *POA* to operate in tandem with the *Charter*, rather than to negate the *Charter*'s application. Rather than inferring that the legislature intended to narrow the operation of the *Charter* with its silence on the issue of the provincial offences court's jurisdiction under s. 24, the more reasona-

à titre de réparation fondée sur la *Charte*, il n'est alors pas habilité à le faire. Cela nous amène à l'argument de la Couronne selon lequel, d'une part, la législature a limité à des violations procédurales particulières le pouvoir qu'ont les juges de la *LIP* d'accorder les dépens (et encore là, seulement à l'égard des frais des témoins) et, d'autre part, ce fait traduirait l'intention de ne pas autoriser ces juges à rendre de telles ordonnances en tant que réparation fondée sur la *Charte* dans d'autres situations que celles prévues par la *LIP*.

Je ne peux accepter cet argument. Compte tenu de tous les éléments qui, dans la présente affaire, militent en faveur de la reconnaissance du pouvoir de rendre l'ordonnance demandée en vertu de l'art. 24, j'estime qu'il est difficile d'inférer l'intention contraire du fait que la loi ne confère pas au tribunal le droit général d'adjuger les frais de justice. La législature a confié au tribunal des fonctions qui ne manquent pas de soulever des questions liées à la *Charte*. De par leur nature, ces fonctions sont susceptibles d'entraîner le tribunal dans le domaine des droits garantis par la *Charte*. Ces fonctions soulèvent nécessairement des questions visées par la *Charte*, notamment le droit à un procès équitable et les réparations afférentes aux atteintes à ce droit. Il est donc raisonnable de supposer que la législature entendait que le tribunal de la *LIP* connaisse des questions incidentes liées à la *Charte* qui surviennent dans le cours de ses procédures et qu'il est apte à résoudre, du fait de sa fonction et de sa structure.

En matière criminelle, on résout généralement à l'étape du procès, sans engager d'autres procédures, les questions incidentes liées à la *Charte*, façon de faire que notre Cour a à maintes reprises déclarée souhaitable : *Mills*, précité; *Rahey*, précité; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourteassis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53. Il est logique de présumer que la législature ontarienne entendait faire en sorte que la *LIP* soit appliquée de concert avec la *Charte* plutôt que neutraliser l'application de celle-ci. Au lieu d'inférer que, par son silence sur la question de la compétence du tribunal des infractions provinciales en matière d'appli-

95

96

ble inference is that it intended to supplement the court's work with the incidental *Charter* remedies that it is suited to issue.

97 Consequently, I conclude that the provincial offences court enjoys the necessary power to grant the remedy sought in the present case, and is thus a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1). In my opinion, this result represents an appropriate and principled integration of the procedural regime established by the legislature and the constitutional regime established by the *Charter*.

VI. Conclusion

98 I would dismiss the appeal and remit the matter to the Superior Court of Justice for determination of whether the trial justice erred in finding the conduct of the prosecution warranted an order for legal costs on the facts of the case. The respondents should have their costs here and below.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitors for the respondents: Donahue Ernst & Young LLP, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: The Criminal Lawyers' Association of Ontario, Toronto.

cation de l'art. 24, la législature voulait restreindre l'application de la *Charte*, il est plus raisonnable de déduire qu'elle entendait élargir la fonction du tribunal aux réparations incidentes fondées sur la *Charte* que celui-ci est apte à accorder.

En conséquence, je conclus que le tribunal des infractions provinciales jouit du pouvoir nécessaire pour accorder la réparation demandée en l'espèce et qu'il est donc un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1). À mon avis, ce résultat constitue une harmonisation appropriée et fondée sur des principes du régime procédural établi par la législature et du régime constitutionnel établi par la *Charte*.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice pour qu'elle décide si le juge du procès a fait erreur en concluant, à la lumière des faits de l'espèce, que la conduite de la poursuite justifiait sa condamnation au paiement des frais de justice. Les intimés ont droit aux dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

Procureurs des intimés : Donahue Ernst & Young LLP, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant la Criminal Lawyers' Association of Ontario : Criminal Lawyers' Association of Ontario, Toronto.

City of Vancouver *Appellant*

v.

Alan Cameron Ward *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia** *Appellant*

v.

Alan Cameron Ward *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General
of Quebec, Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc., Association in Defence of the
Wrongly Convicted, Canadian Civil Liberties
Association, Canadian Association of Chiefs
of Police, Criminal Lawyers' Association
(Ontario), British Columbia Civil Liberties
Association and David Asper Centre for
Constitutional Rights** *Interveners*

INDEXED AS: VANCOUVER (CITY) v. WARD

2010 SCC 27

File No.: 33089.

2010: January 18; 2010: July 23.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement
— Damage award as remedy for breach of rights —
Quantum — Claimant strip searched and his car seized
in violation of his constitutional rights — Whether
claimant entitled to damages as remedy under s. 24(1) of*

Ville de Vancouver *Appelante*

c.

Alan Cameron Ward *Intimé*

- et -

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de
la Colombie-Britannique** *Appelante*

c.

Alan Cameron Ward *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario, procureur général
du Québec, Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc., Association in Defence of the
Wrongly Convicted, Association canadienne
des libertés civiles, Association canadienne
des chefs de police, Criminal Lawyers'
Association (Ontario), Association des
libertés civiles de la Colombie-Britannique
et David Asper Centre for Constitutional
Rights** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : VANCOUVER (VILLE) c. WARD

2010 CSC 27

N° du greffe : 33089.

2010 : 18 janvier; 2010 : 23 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répara-
tion — Dommages-intérêts accordés en réparation d'une
atteinte aux droits — Quantum — Demandeur soumis à
une fouille à nu et sa voiture saisie en violation de ses
droits constitutionnels — Le demandeur est-il en droit*

Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, how should quantum of damages be assessed.

During a ceremony in Vancouver, the city police department received information that an unknown individual intended to throw a pie at the Prime Minister who was in attendance. Based on his appearance, police officers mistakenly identified W as the would-be pie-thrower, chased him down and handcuffed him. W, who loudly protested his detention and created a disturbance, was arrested for breach of the peace and taken to the police lockup. Upon his arrival, the corrections officers conducted a strip search. While W was at the lockup, police officers impounded his car for the purpose of searching it once a search warrant had been obtained. The detectives subsequently determined that they did not have grounds to obtain the required search warrant or evidence to charge W for attempted assault. W was released approximately 4.5 hours after his arrest. He brought an action in tort and for breach of his rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against several parties, including the Province and the City. With respect to the strip search and the car seizure, the trial judge held that, although the Province and the City did not act in bad faith and were not liable in tort for either incident, the Province's strip search and the City's vehicle seizure violated W's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. The trial judge assessed damages under s. 24(1) of the *Charter* at \$100 for the seizure of the car and \$5,000 for the strip search. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the trial judge's ruling.

Held: The appeal should be allowed in part.

The language of s. 24(1) is broad enough to include the remedy of constitutional damages for breach of a claimant's *Charter* rights if such remedy is found to be appropriate and just in the circumstances of a particular case. The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached; the second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches.

d'obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, comment le montant des dommages-intérêts devrait-il être fixé?

Au cours d'une cérémonie se tenant à Vancouver, le service de police de cette ville a été informé qu'un individu non identifié avait l'intention d'entarter le premier ministre, qui y assistait. Des policiers ont identifié à tort W, en raison de son apparence, comme l'entarteur potentiel, l'ont poursuivi et lui ont passé les menottes. W, qui a protesté bruyamment contre sa détention et a fait du tapage, a été arrêté pour violation de la paix et conduit au centre de détention de la police. À son arrivée, les agents de correction l'ont soumis à une fouille à nu. Pendant que W se trouvait au centre de détention, des policiers ont remorqué sa voiture à la fourrière en vue de la fouiller après l'obtention d'un mandat de perquisition. Les enquêteurs ont par la suite conclu qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants pour obtenir le mandat de perquisition nécessaire, ni les éléments de preuve requis pour inculper W de tentative de voies de fait. W a été libéré environ quatre heures et demie après son arrestation. Il a intenté une action en responsabilité délictuelle et pour violation des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* contre plusieurs parties, dont la province et la ville. À propos de la fouille à nu et de la saisie de la voiture, le juge de première instance a conclu que même si la province, dans le cas de la fouille, et la ville, dans le cas de la saisie, n'avaient ni agi de mauvaise foi ni engagé leur responsabilité délictuelle, elles avaient violé le droit de W à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge de première instance a fixé le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à 100 \$ pour la saisie de la voiture et à 5 000 \$ pour la fouille à nu. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la décision du juge de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour embrasser l'octroi de dommages-intérêts en matière constitutionnelle en réparation d'une violation des droits garantis à un demandeur par la *Charte* si une telle réparation est jugée convenable et juste eu égard aux circonstances d'une affaire donnée. À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint; à la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation.

Once the claimant has established that damages are functionally justified, the state has the opportunity to demonstrate, at the third step, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. Countervailing considerations include the existence of alternative remedies. Claimants need not show that they have exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies including private law remedies or another *Charter* remedy are available in the particular case that will sufficiently address the *Charter* breach. Concern for effective governance may also negate the appropriateness of s. 24(1) damages. In some situations, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity.

If the state fails to negate that the award is “appropriate and just”, the final step is to assess the quantum of the damages. To be “appropriate and just”, an award of damages must represent a meaningful response to the seriousness of the breach and the objectives of s. 24(1) damages. Where the objective of compensation is engaged, the concern is to restore the claimant to the position he or she would have been in had the breach not been committed. With the objectives of vindication and deterrence, the appropriate determination is an exercise in rationality and proportionality. Generally, the more egregious the breach and the more serious the repercussions on the claimant, the higher the award for vindication or deterrence will be. In the end, s. 24(1) damages must be fair to both the claimant and the state. In considering what is fair to both, a 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. Damages under s. 24(1) should also not duplicate damages awarded under private law causes of action, such as tort, where compensation of personal loss is at issue.

Une fois que le demandeur a démontré que l’octroi de dommages-intérêts est fondé, d’un point de vue fonctionnel, l’État a la possibilité de démontrer, à la troisième étape, que des facteurs faisant contrepoids l’emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l’octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables, ni justes. Au nombre des considérations qui peuvent faire contrepoids se trouve l’existence d’autres recours. Les demandeurs ne sont pas tenus de prouver qu’ils ont épuisé tous les autres recours. Au contraire, c’est à l’État de démontrer que d’autres recours possibles dans l’affaire, y compris les recours en droit privé ou d’autres réparations accordées en vertu de la *Charte*, offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation de la *Charte*. Le souci de l’efficacité gouvernementale est une autre considération en raison de laquelle l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) peut ne pas être une réparation convenable. Dans certaines situations, l’État pourrait démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l’État atteint un seuil minimal de gravité.

Si l’État ne réussit pas à réfuter le caractère « convenable et juste » de l’octroi de dommages-intérêts, la dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. Pour constituer une réparation « convenable et juste », les dommages-intérêts doivent répondre réellement à la gravité de l’atteinte et aux objectifs des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1). L’objectif d’indemnisation vise à replacer le demandeur dans la même situation que si ses droits n’avaient pas été violés. En ce qui a trait aux objectifs de défense du droit et de dissuasion, arriver à une décision adéquate est un exercice de rationalité et de proportionnalité. Règle générale, plus l’atteinte et ses conséquences pour le demandeur seront graves, plus le montant des dommages-intérêts accordés au titre des objectifs de défense du droit et de dissuasion sera élevé. Finalement, le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) doit être équitable à la fois envers le demandeur et envers l’État. Le tribunal, dans son évaluation d’un montant équitable envers les deux, peut mettre dans la balance l’intérêt public au bon gouvernement, le risque de dissuader les gouvernements d’élaborer des programmes et politiques bénéfiques et la nécessité d’éviter que de gros montants soient prélevés sur le budget des programmes publics pour être consacrés à des intérêts privés. Les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) ne doivent pas non plus emporter duplication de dommages-intérêts obtenus sur le fondement de causes d’action relevant du droit privé, comme un délit civil, dans les cas où l’indemnisation d’un préjudice personnel est en cause.

Here, damages were properly awarded for the strip search of W. This search violated his s. 8 *Charter* rights and compensation is required, in this case, to functionally fulfill the objects of constitutional damages. Strip searches are inherently humiliating and degrading and the *Charter* breach significantly impacted on W's person and rights. The correction officers' conduct which caused the breach was also serious. Minimum sensitivity to *Charter* concerns within the context of the particular situation would have shown the search to be unnecessary and violative. Combined with the police conduct, the impingement on W also engages the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches. The state did not establish countervailing factors and damages should be awarded for the breach. Considering the seriousness of the injury and the finding that the corrections officers' actions were not intentional, malicious, high-handed or oppressive, the trial judge's \$5,000 damage award was appropriate.

With respect to the seizure of the car, W has not established that damages under s. 24(1) are appropriate and just from a functional perspective. The object of compensation is not engaged as W did not suffer any injury as a result of the seizure. Nor are the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches compelling. While the seizure was wrong, it was not of a serious nature. A declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated W's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* adequately serves the need for vindication of the right and deterrence of future improper car seizures.

Cases Cited

Considered: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Anufrijeva v. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124; *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa v. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429; *Fose*

En l'espèce, la fouille à nu de W appelait à bon droit l'octroi de dommages-intérêts. Cette fouille a porté atteinte à ses droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, et l'octroi de dommages-intérêts est requis dans ce cas pour que, d'un point de vue fonctionnel, les objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle soient remplis. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, et la violation de la *Charte* a eu des conséquences non négligeables sur la personne de W et sur ses droits. La conduite des agents de correction à l'origine de la violation des droits était grave elle aussi. Une conscience minimale des préceptes de la *Charte* dans ce contexte aurait permis de reconnaître que la fouille était inutile et attentatoire. Combinée à la conduite des policiers, l'atteinte portée aux droits de W fait aussi intervenir les objectifs de défense du droit en cause et de dissuasion contre de nouvelles violations. L'État n'a pas démontré l'existence de facteurs faisant contrepoids; il convient donc d'accorder des dommages-intérêts en réparation de l'atteinte. Vu la gravité de l'atteinte et la conclusion voulant que les actes des agents de correction ne fussent pas intentionnels, malveillants, tyranniques ou oppressifs, les dommages-intérêts de 5 000 \$ que le juge de première instance a accordés étaient convenables.

Quant à la saisie de sa voiture, W n'a pas démontré que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constitue une réparation convenable et juste, d'un point de vue fonctionnel. L'objectif d'indemnisation n'intervient pas, la saisie n'ayant causé aucun préjudice à W. Les objectifs de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations ne sont pas non plus déterminants. Certes, la saisie de la voiture était fautive, mais n'était pas de nature grave. Un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) attestant que la saisie du véhicule a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à W répond adéquatement à la nécessité de défendre son droit et de décourager de nouvelles saisies irrégulières.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Anufrijeva c. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124; *Bivens c. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa c. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R.

v. *Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786; *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328; *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30 (1983); *R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941; *Simpson v. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24, 32.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Saunders and Low J.J.A.), 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217, 265 B.C.A.C. 174, 446 W.A.C. 174, 304 D.L.R. (4th) 653, [2009] 6 W.W.R. 261, 63 C.C.L.T. (3d) 165, [2009] B.C.J. No. 91 (QL), 2009 CarswellBC 115, affirming a decision of Tysoe J., 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361, [2007] 4 W.W.R. 502, 45 C.C.L.T. (3d) 121, [2007] B.C.J. No. 9 (QL), 2007 CarswellBC 12, finding a breach of *Charter* rights and awarding damages. Appeal allowed in part.

Tomasz M. Zworski, for the appellant the City of Vancouver.

Bryant Alexander Mackey and *Barbara Carmichael*, for the appellant Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Brian M. Samuels, *Kieran A. G. Bridge* and *Jennifer W. Chan*, for the respondent.

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, and *Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

429; *Fose c. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786; *Attorney General of Trinidad and Tobago c. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328; *Smith c. Wade*, 461 U.S. 30 (1983); *R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941; *Simpson c. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24, 32.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Saunders et Low), 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217, 265 B.C.A.C. 174, 446 W.A.C. 174, 304 D.L.R. (4th) 653, [2009] 6 W.W.R. 261, 63 C.C.L.T. (3d) 165, [2009] B.C.J. No. 91 (QL), 2009 CarswellBC 115, qui a confirmé une décision du juge Tysoe, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361, [2007] 4 W.W.R. 502, 45 C.C.L.T. (3d) 121, [2007] B.C.J. No. 9 (QL), 2007 CarswellBC 12, qui avait conclu à une violation des droits garantis par la *Charte* et accordé des dommages-intérêts. Pourvoi accueilli en partie.

Tomasz M. Zworski, pour l'appelante la Ville de Vancouver.

Bryant Alexander Mackey et *Barbara Carmichael*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Brian M. Samuels, *Kieran A. G. Bridge* et *Jennifer W. Chan*, pour l'intimé.

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, et *Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney and Josh Hunter, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Isabelle Harnois and Gilles Laporte, for the interveners the Attorney General of Quebec.

Kimberly R. Murray and Julian N. Falconer, for the interveners the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Louis Sokolov and Heidi Rubin, for the interveners the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Stuart Svonkin and Jana Stettner, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Vincent Westwick and Karine LeBlanc, for the interveners the Canadian Association of Chiefs of Police.

Sean Dewart and Tim Gleason, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Kent Roach and Grace Pastine, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the fundamental rights and freedoms of all Canadians and provides remedies for their breach. The first and most important remedy is the nullification of laws that violate the *Charter* under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. This is supplemented by s. 24(2), under which evidence obtained in breach of the *Charter* may be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute, and s. 24(1) — the provision at issue in this case — under which the court is authorized to grant such remedies to individuals

Robert E. Charney et Josh Hunter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Isabelle Harnois et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kimberly R. Murray et Julian N. Falconer, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

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

Stuart Svonkin et Jana Stettner, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Vincent Westwick et Karine LeBlanc, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

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

Kent Roach et Grace Pastine, pour les intervenants l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et David Asper Centre for Constitutional Rights.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés fondamentaux de tous les Canadiens et prévoit des recours en cas de violation. Le premier et le plus important de ces recours réside dans l'invalidation, prévue au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des règles de droit contraires à la *Charte*. Viennent s'y ajouter le par. 24(2), en vertu duquel les éléments de preuve obtenus en contravention de la *Charte* peuvent être écartés dans le cas où leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et le par. 24(1) — la disposition sur laquelle porte le litige —,

for infringement of *Charter* rights as it “considers appropriate and just in the circumstances”.

[2] The respondent Ward’s *Charter* rights were violated by Vancouver and British Columbia officials who detained him, strip searched his person and seized his car without cause. The trial judge awarded Mr. Ward damages for the *Charter* breaches, and the majority of the Court of Appeal of British Columbia upheld that award.

[3] This appeal raises the question of when damages may be awarded under s. 24(1) of the *Charter*, and what the amount of such damages should be. Although the *Charter* is 28 years old, authority on this question is sparse, inviting a comprehensive analysis of the object of damages for *Charter* breaches and the considerations that guide their award.

[4] I conclude that damages may be awarded for *Charter* breach under s. 24(1) where appropriate and just. The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages.

[5] I conclude that damages were properly awarded for the strip search of Mr. Ward, but not justified for the seizure of his car. I would therefore allow the appeal in part.

qui habilite le tribunal à accorder, aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, la réparation qu’il « estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[2] Les droits que la *Charte* garantit à l’intimé, M. Ward, ont été violés par des agents de Vancouver et de la Colombie-Britannique qui l’ont mis en détention, l’ont soumis à une fouille à nu et ont saisi sa voiture sans motif suffisant. Le juge de première instance a accordé à M. Ward des dommages-intérêts pour des violations de la *Charte*, et ce jugement a été confirmé, à la majorité, par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

[3] Le pourvoi soulève la question de savoir dans quels cas des dommages-intérêts peuvent être accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, et à quel montant ils devraient être fixés. Bien que la *Charte* soit en vigueur depuis 28 ans, la jurisprudence sur cette question demeure rare. Il semble donc opportun d’analyser en détail l’objectif des dommages-intérêts pour violation de la *Charte* et les considérations qui en guident l’octroi.

[4] Je conclus que des dommages-intérêts pour violation de la *Charte* peuvent être accordés en vertu du par. 24(1) lorsqu’ils constituent une réparation convenable et juste. À la première étape de l’analyse, il doit être établi qu’un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu’ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l’État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l’emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l’octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables, ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.

[5] Selon moi, la fouille à nu de M. Ward appelait à bon droit l’octroi de dommages-intérêts, mais pas la saisie de sa voiture. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie.

II. Facts

[6] On August 1, 2002, Prime Minister Chrétien participated in a ceremony to mark the opening of a gate at the entrance to Vancouver's Chinatown. During the ceremony, the Vancouver Police Department ("VPD") received information that an unknown individual intended to throw a pie at the Prime Minister, an event that had occurred elsewhere two years earlier. The suspected individual was described as a white male, 30 to 35 years, 5' 9", with dark short hair, wearing a white golf shirt or T-shirt with some red on it.

[7] Mr. Ward is a Vancouver lawyer who attended the August 1 ceremony. On the day, Mr. Ward, a white male, had grey, collar-length hair, was in his mid-40s and was wearing a grey T-shirt with some red on it. Based on his appearance, Mr. Ward was identified — mistakenly — as the would-be pie-thrower. When the VPD officers noticed him, Mr. Ward was running and appeared to be avoiding interception. The officers chased Mr. Ward down and handcuffed him. Mr. Ward loudly protested his detention and created a disturbance, drawing the attention of a local television camera crew. The television broadcast showed that Mr. Ward had a "very agitated look on his face", "appeared to be yelling for the benefit of the onlookers" and was "holding back" as he was being escorted down the street.

[8] Mr. Ward was arrested for breach of the peace and taken to the police lockup in Vancouver, which was under the partial management of provincial corrections officers. Upon his arrival, the corrections officers instructed Mr. Ward to remove all his clothes in preparation for a strip search. Mr. Ward complied in part but refused to take off his underwear. The officers did not insist on complete removal and Mr. Ward was never touched during the search. After the search was completed, Mr. Ward was placed in a small cell where he spent several hours before being released.

II. Les faits

[6] Le 1^{er} août 2002, le premier ministre Chrétien participait à une cérémonie soulignant l'inauguration d'un portail à l'entrée du quartier chinois de Vancouver. Pendant la cérémonie, le service de police de Vancouver (« SPV ») a été informé qu'un individu non identifié avait l'intention d'entarter le premier ministre, un incident qui s'était produit ailleurs deux ans auparavant. Le suspect était décrit comme un homme de race blanche âgé de 30 à 35 ans, mesurant 5 pi 9 po, ayant les cheveux courts foncés et portant un polo ou un tee-shirt blanc avec un peu de rouge.

[7] M. Ward, un avocat de Vancouver, assistait à la cérémonie du 1^{er} août. Ce jour-là, M. Ward, un homme de race blanche dans la mi-quarantaine, aux cheveux gris au ras du cou, était vêtu d'un tee-shirt gris avec un peu de rouge. En raison de son apparence, M. Ward a été identifié — à tort — comme l'entarteur potentiel. Lorsque les agents du SPV l'ont remarqué, M. Ward courait et semblait essayer d'éviter d'être intercepté. Les agents l'ont poursuivi et lui ont passé les menottes. M. Ward a protesté bruyamment contre sa détention, et le tapage a attiré l'attention d'une équipe de télévision locale. Dans le reportage qui a été diffusé, M. Ward avait [TRADUCTION] « l'air très agité », « semblait hurler pour se faire remarquer des gens assistant à la scène » et « opposait une résistance » pendant qu'on l'escortait dans la rue.

[8] M. Ward a été arrêté pour violation de la paix et conduit au centre de détention de la police à Vancouver, administré en partie par des agents de correction provinciaux. À son arrivée, les agents de correction lui ont demandé d'enlever tous ses vêtements en vue d'une fouille à nu. M. Ward a obtenu partiellement, mais a refusé de retirer son sous-vêtement. Les agents n'ont pas insisté pour qu'il se dénude complètement et M. Ward n'a pas été touché pendant la fouille. Une fois la fouille terminée, M. Ward a été enfermé dans une petite cellule où il a passé plusieurs heures avant d'être remis en liberté.

[9] While Mr. Ward was at the lockup, VPD officers impounded his car for the purpose of searching it once a search warrant had been obtained. VPD detectives subsequently determined that they did not have grounds to obtain the required search warrant or evidence to charge Mr. Ward for attempted assault. Mr. Ward was released from the lockup approximately 4.5 hours after he was arrested and several hours after the Prime Minister had left Chinatown following the ceremony.

III. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361*

[10] Mr. Ward brought an action in tort and for breach of his *Charter* rights against the City, the Province, and individual police and corrections officers for his arrest, detention, strip search, and car seizure. Justice Tysoe found Mr. Ward's arrest for breach of the peace to be lawful and dismissed the action against the individual police and corrections officers. However, Tysoe J. held that — although they did not act in bad faith and were not liable in tort for either incident — the Province's strip search and the City's vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. In addition, Tysoe J. found that the City breached Mr. Ward's rights under s. 9 of the *Charter* and committed the tort of wrongful imprisonment by keeping Mr. Ward in the police lockup longer than necessary.

[11] Tysoe J. assessed damages under s. 24(1) of the *Charter* at \$100 for the seizure of the car and \$5,000 for the strip search. He rejected the governments' argument that damages were an inappropriate remedy for *Charter* breaches absent bad faith, abuse of power, or tortious conduct. In addition,

[9] Pendant que M. Ward se trouvait au centre de détention, des agents du SPV ont remorqué sa voiture à la fourrière en vue de la fouiller après l'obtention d'un mandat de perquisition. Les enquêteurs du SPV ont par la suite conclu qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants pour obtenir le mandat de perquisition nécessaire, ni les éléments de preuve requis pour inculper M. Ward de tentative de voies de fait. M. Ward a été libéré du centre de détention environ quatre heures et demie après son arrestation, et plusieurs heures après que le premier ministre eut quitté le quartier chinois à l'issue de la cérémonie.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361*

[10] M. Ward a intenté une action en responsabilité délictuelle et pour violation de ses droits garantis par la *Charte* contre la ville, la province ainsi que certains policiers et agents de correction à titre individuel par suite de son arrestation, sa détention, la fouille à nu qu'il a subie et la saisie de son véhicule. Le juge Tysoe a conclu à la légalité de l'arrestation de M. Ward pour violation de la paix et a rejeté l'action intentée contre les policiers et les agents de correction à titre individuel. Il a toutefois conclu que la fouille à nu et la saisie du véhicule avaient violé le droit de M. Ward à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, même si la province, dans le cas de la fouille, et la ville, dans le cas de la saisie, n'avaient ni agi de mauvaise foi ni engagé leur responsabilité délictuelle. De plus, le juge Tysoe a conclu que la ville avait porté atteinte au droit de M. Ward garanti par l'art. 9 de la *Charte* et avait commis le délit civil de séquestration en gardant M. Ward au centre de détention de la police plus longtemps que cela était nécessaire.

[11] Le juge Tysoe a fixé le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à 100 \$ pour la saisie de la voiture et à 5 000 \$ pour la fouille à nu. Il a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel l'octroi de dommages-intérêts ne constitue pas une réparation

Tysoe J. awarded \$5,000 in damages for the wrongful imprisonment. This award is not at issue on this appeal.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217*

[12] Justice Low, Finch C.J.B.C. concurring, upheld Tysoe J.'s ruling, agreeing with Mr. Ward that bad faith, abuse of power, or tortious conduct are not necessary requirements for the awarding of *Charter* damages.

[13] Justice Saunders, dissenting, would have allowed the Province and City appeals, holding that damages cannot be awarded where the police did not act in bad faith and simply made a mistake as to the proper course of action.

IV. Constitutional Provisions

[14] Section 24(1) of the *Charter* provides as follows:

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.

V. Issues

[15] The issues are the following:

A. When are damages under s. 24(1) available?

1. The language of s. 24(1) and the nature of *Charter* damages;
2. Step one: Proof of a *Charter* breach;
3. Step two: Functional justification of damages;

convenable à une violation de la *Charte* s'il n'y a eu ni mauvaise foi, ni abus de pouvoir, ni conduite délictueuse. Le juge Tysoe a aussi accordé des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle de 5 000 \$ pour séquestration. Ces dommages-intérêts ne sont pas en cause dans le pourvoi.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217*

[12] Le juge Low, avec l'accord du juge en chef Finch, a confirmé la décision du juge Tysoe, retenant la prétention de M. Ward que la mauvaise foi, l'abus de pouvoir ou une conduite délictueuse ne sont pas des conditions préalables à l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[13] La juge Saunders, dissidente, aurait accueilli les appels de la province et de la ville. À son avis, des dommages-intérêts ne peuvent être accordés si la police n'a pas agi de mauvaise foi et a tout simplement commis une erreur quant à la ligne de conduite à suivre.

IV. Dispositions constitutionnelles

[14] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* est ainsi rédigé :

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.

V. Questions en litige

[15] Les questions à trancher sont les suivantes :

A. Dans quels cas peut-on accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1)?

1. Libellé du par. 24(1) et nature des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*.
2. Première étape : preuve d'une violation de la *Charte*.
3. Deuxième étape : justification fonctionnelle des dommages-intérêts.

4. Step three: Countervailing factors;
5. Step four: Quantum of s. 24(1) damages;
6. Forum and procedure.

B. Application to the Facts

1. Damages for the strip search;
2. Damages for the car seizure.

VI. Analysis

A. *When Are Damages Under Section 24(1) Available?*

- (1) The Language of Section 24(1) and the Nature of *Charter* Damages

[16] Section 24(1) empowers courts of competent jurisdiction to grant “appropriate and just” remedies for *Charter* breaches. This language invites a number of observations.

[17] First, the language of the grant is broad. As McIntyre J. observed, “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. The judge of “competent jurisdiction” has broad discretion to determine what remedy is appropriate and just in the circumstances of a particular case.

[18] Second, it is improper for courts to reduce this discretion by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions. To quote McIntyre J. in *Mills* once more, “[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion”: *Mills*, at p. 965.

4. Troisième étape : facteurs qui font contre-poids.
5. Quatrième étape : montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1).
6. Tribunal et procédure.

B. Application aux faits

1. Dommages-intérêts pour la fouille à nu.
2. Dommages-intérêts pour la saisie de la voiture.

VI. Analyse

A. *Dans quels cas peut-on accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1)?*

- (1) Libellé du par. 24(1) et nature des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*

[16] Le paragraphe 24(1) confère au tribunal compétent le pouvoir d’accorder une réparation « convenable et juste » en cas de violation des droits garantis par la *Charte*. Cette formulation appelle un certain nombre d’observations.

[17] Premièrement, ce pouvoir est conféré en termes très larges. Comme l’a constaté le juge McIntyre, « [i]l est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965. Le juge du « tribunal compétent » dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une affaire donnée.

[18] Deuxièmement, les tribunaux ne sont pas autorisés à restreindre ce pouvoir discrétionnaire en l’enserrant dans un corset de conditions d’origine jurisprudentielle. Pour citer encore le juge McIntyre dans *Mills*, « [c]e large pouvoir discrétionnaire n’est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d’application générale à tous les cas, et les tribunaux d’appel ne sont nullement autorisés à s’approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Mills*, p. 965.

[19] Third, the prohibition on cutting down the ambit of s. 24(1) does not preclude judicial clarification of when it may be “appropriate and just” to award damages. The phrase “appropriate and just” limits what remedies are available. The court’s discretion, while broad, is not unfettered. What is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case. Prior cases may offer guidance on what is appropriate and just in a particular situation.

[20] The general considerations governing what constitutes an appropriate and just remedy under s. 24(1) were set out by Iacobucci and Arbour JJ. in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3. Briefly, an appropriate and just remedy will: (1) meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants; (2) employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy; (3) be a judicial remedy which vindicates the right while invoking the function and powers of a court; and (4) be fair to the party against whom the order is made: *Doucet-Boudreau*, at paras. 55-58.

[21] Damages for breach of a claimant’s *Charter* rights may meet these conditions. They may meaningfully vindicate the claimant’s rights and freedoms. They employ a means well-recognized within our legal framework. They are appropriate to the function and powers of a court. And, depending on the circumstances and the amount awarded, they can be fair not only to the claimant whose rights were breached, but to the state which is required to pay them. I therefore conclude that s. 24(1) is broad enough to include the remedy of damages for *Charter* breach. That said, granting damages under the *Charter* is a new endeavour, and an approach to when damages are appropriate and just should develop incrementally. *Charter* damages are only one remedy amongst others available under s. 24(1), and often other

[19] Troisièmement, l’interdiction de restreindre la portée du par. 24(1) n’empêche pas les tribunaux de préciser dans quels cas il peut se révéler « convenable et juste » d’accorder des dommages-intérêts. L’expression « convenable et juste » limite les réparations possibles. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal, si large soit-il, n’est pas pour autant absolu. Ce qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire. Les décisions antérieures peuvent donner des indications quant à ce qui pourra être jugé convenable et juste dans une situation donnée.

[20] Les facteurs généraux permettant de reconnaître une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) ont été énoncés par les juges Iacobucci et Arbour dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3. En résumé, une réparation convenable et juste : (1) permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur; (2) fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle; (3) est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal; (4) est équitable pour la partie visée par l’ordonnance : *Doucet-Boudreau*, par. 55-58.

[21] L’octroi de dommages-intérêts à un demandeur en réparation de la violation de ses droits garantis par la *Charte* peut répondre à ces conditions. Il peut permettre de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il fait appel à un moyen bien reconnu dans notre cadre juridique. Il s’accorde avec le rôle et les pouvoirs des tribunaux. Et, selon les circonstances et le montant accordé, il peut s’avérer équitable non seulement envers la personne dont les droits ont été violés, mais aussi envers l’État qui versera les dommages-intérêts. Je conclus donc que la portée du par. 24(1) est suffisamment large pour embrasser l’octroi de dommages-intérêts en réparation d’une violation de la *Charte*. Cela dit, l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s’il s’agit d’une réparation convenable et juste devraient

s. 24(1) remedies will be more responsive to the breach.

[22] The term “damages” conveniently describes the remedy sought in this case. However, it should always be borne in mind that these are not private law damages, but the distinct remedy of constitutional damages. As Thomas J. notes in *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136, at para. 81, a case dealing with New Zealand’s *Bill of Rights Act 1990*, an action for public law damages “is not a private law action in the nature of a tort claim for which the state is vicariously liable but [a distinct] public law action directly against the state for which the state is primarily liable”. In accordance with s. 32 of the *Charter*, this is equally so in the Canadian constitutional context. The nature of the remedy is to require the state (or society writ large) to compensate an individual for breaches of the individual’s constitutional rights. An action for public law damages — including constitutional damages — lies against the state and not against individual actors. Actions against individual actors should be pursued in accordance with existing causes of action. However, the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state. Such considerations may be appropriately kept in mind.

(2) Step One: Proof of a *Charter* Breach

[23] Section 24(1) is remedial. The first step, therefore, is to establish a *Charter* breach. This is the wrong on which the claim for damages is based.

se développer graduellement. L’octroi de dommages-intérêts ne représente qu’une des réparations permises par le par. 24(1) et, souvent, d’autres réparations possibles répondront mieux à la violation.

[22] Le terme « dommages-intérêts » décrit commodément la réparation demandée en l’espèce. Toutefois, il faut toujours se rappeler qu’il ne s’agit pas de dommages-intérêts de droit privé, mais bien de la réparation distincte que constituent les dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Ainsi que le fait remarquer le juge Thomas dans *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136, au par. 81, une décision portant sur le *Bill of Rights Act 1990* de la Nouvelle-Zélande, une action en dommages-intérêts de droit public [TRADUCTION] « n’est pas une action de droit privé de la nature d’un recours délictuel fondé sur la responsabilité du fait d’autrui de l’État, [mais une action distincte] de droit public intentée directement contre l’État dont la responsabilité est invoquée à titre principal ». Cela vaut également dans le contexte constitutionnel canadien, compte tenu de l’art. 32 de la *Charte*. Il s’agit d’un recours visant à obliger l’État (autrement dit, la société) à indemniser la personne dont les droits constitutionnels ont été violés. L’action en dommages-intérêts de droit public — y compris en dommages-intérêts en matière constitutionnelle — est intentée contre l’État, et non contre ses représentants à titre individuel. Les actions contre ces derniers devraient, pour leur part, être fondées sur les causes d’action existantes. Toutefois, les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d’ordonner à des représentants de l’État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu’il s’agit de contraindre directement l’État à verser des dommages-intérêts de droit public. Ces considérations peuvent à bon droit être prises en compte.

(2) Première étape : preuve d’une violation de la *Charte*

[23] Le paragraphe 24(1) est une disposition réparatrice. Par conséquent, la première étape consiste à prouver la violation de la *Charte*. Il s’agit là du préjudice fondant l’action en dommages-intérêts.

(3) Step Two: Functional Justification of Damages

[24] A functional approach to damages finds damages to be appropriate and just to the extent that they serve a useful function or purpose. This approach has been adopted in awarding non-pecuniary damages in personal injury cases (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229), and, in my view, a similar approach is appropriate in determining when damages are “appropriate and just” under s. 24(1) of the *Charter*.

[25] I therefore turn to the purposes that an order for damages under s. 24(1) may serve. For damages to be awarded, they must further the general objects of the *Charter*. This reflects itself in three interrelated functions that damages may serve. The function of *compensation*, usually the most prominent function, recognizes that breach of an individual’s *Charter* rights may cause personal loss which should be remedied. The function of *vindication* recognizes that *Charter* rights must be maintained, and cannot be allowed to be whittled away by attrition. Finally, the function of *deterrence* recognizes that damages may serve to deter future breaches by state actors.

[26] These functions of s. 24(1) damages are supported by foreign constitutional jurisprudence and, by analogy, foreign jurisprudence arising in the statutory human rights context.

[27] Compensation has been cited by Lord Woolf C.J. (speaking of the *European Convention of Human Rights*) as “fundamental”. In most cases, it is the most prominent of the three functions that *Charter* damages may serve. The goal is to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach; “[t]he applicant should, in so far as this is possible, be placed in the same position as if his Convention rights had not been infringed”:

(3) Deuxième étape : justification fonctionnelle des dommages-intérêts

[24] Selon une approche fonctionnelle des dommages-intérêts, les dommages-intérêts sont tenus pour convenables et justes dans la mesure où ils remplissent une fonction ou un but utile. Cette approche a été suivie pour l’octroi de dommages-intérêts non pécuniaires pour préjudice personnel (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229) et il convient, à mon avis, d’adopter une approche similaire pour déterminer dans quels cas des dommages-intérêts constituent une réparation « convenable et juste » pour l’application du par. 24(1) de la *Charte*.

[25] J’en viens donc aux objectifs que peut remplir l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1). Des dommages-intérêts ne seront accordés que s’ils servent les objectifs généraux de la *Charte*. Trois fonctions interreliées des dommages-intérêts leur permettront de satisfaire à cette condition. La fonction d’*indemnisation*, généralement la plus importante, reconnaît que l’atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut causer une perte personnelle qui exige réparation. La fonction de *défense* reconnaît que les droits conférés par la *Charte* doivent demeurer intacts et qu’il faut veiller à ce qu’ils ne s’effritent pas. Enfin, la fonction de *dissuasion* reconnaît que les dommages-intérêts peuvent permettre de décourager la perpétration d’autres violations par des représentants de l’État.

[26] Ces fonctions de l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sont étayées par la jurisprudence étrangère en matière constitutionnelle et, par analogie, par la jurisprudence étrangère fondée sur la législation en matière de droits de la personne.

[27] Le lord juge en chef Woolf a employé l’adjectif [TRADUCTION] « fondamentale » pour qualifier l’indemnisation (sous le régime de la *Convention européenne des droits de l’homme*). Dans la plupart des cas, il s’agit de la plus importante des trois fonctions des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*. Elle a pour objet d’indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte*; [TRADUCTION] « [l]e demandeur

Anufrijeva v. Southwark London Borough Council, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124, at para. 59, *per* Lord Woolf C.J. Compensation focuses on the claimant's personal loss: physical, psychological and pecuniary. To these types of loss must be added harm to the claimant's intangible interests. In the public law damages context, courts have variously recognized this harm as distress, humiliation, embarrassment, and anxiety: *Dunlea; Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa v. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429. Often the harm to intangible interests effected by a breach of rights will merge with psychological harm. But a resilient claimant whose intangible interests are harmed should not be precluded from recovering damages simply because she cannot prove a substantial psychological injury.

[28] Vindication, in the sense of affirming constitutional values, has also been recognized as a valid object of damages in many jurisdictions: see *Fose v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (C.C.), at para. 55, for a summary of the international jurisprudence. Vindication focuses on the harm the infringement causes society. As Didcott J. observed in *Fose*, violations of constitutionally protected rights harm not only their particular victims, but society as a whole. This is because they “impair public confidence and diminish public faith in the efficacy of the [constitutional] protection”: *Fose*, at para. 82. While one may speak of vindication as underlining the seriousness of the harm done to the claimant, vindication as an object of constitutional damages focuses on the harm the *Charter* breach causes to the state and to society.

devrait, dans la mesure du possible, être remis dans la même situation que si ses droits garantis par la Convention n'avaient pas été violés » : *Anufrijeva c. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124, par. 59, le lord juge en chef Woolf. L'indemnisation est axée sur la perte personnelle subie par le demandeur : perte physique, psychologique et pécuniaire. À ces types de pertes, il faut ajouter le préjudice causé aux intérêts intangibles du demandeur. Dans le contexte des dommages-intérêts de droit public, les tribunaux ont assimilé ce préjudice, selon le cas, à la détresse, à l'humiliation, à l'embarras et à l'anxiété : *Dunlea; Bivens c. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa c. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429. Souvent le préjudice causé aux intérêts intangibles par une atteinte aux droits se confond avec le préjudice psychologique. Néanmoins, une demanderesse dont les intérêts intangibles ont été lésés, mais qui fait montre de résilience, ne devrait pas se voir empêchée d'obtenir des dommages-intérêts du simple fait qu'elle est incapable d'établir l'existence d'un préjudice psychologique substantiel.

[28] La défense du droit, dans le sens d'affirmation des valeurs constitutionnelles, a également été reconnue dans de nombreux pays comme un objectif valable de l'octroi de dommages-intérêts : voir *Fose c. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (C.C.), par. 55, où l'on trouvera un résumé de la jurisprudence étrangère. La défense du droit est axée sur le préjudice que l'atteinte cause à la société. Comme le fait remarquer le juge Didcott dans *Fose*, les atteintes à des droits protégés par la Constitution causent un préjudice non seulement à leurs victimes, mais à la société dans son ensemble. Il en est ainsi car elles [TRADUCTION] « nuisent à la confiance qu'a le public en la vigueur de la protection [constitutionnelle] » : *Fose*, par. 82. Bien que l'on puisse concevoir la défense des droits comme servant à souligner la gravité du préjudice causé au demandeur — la défense des droits en tant qu'objectif des dommages-intérêts en matière constitutionnelle met l'accent sur le préjudice causé à l'État et à la société par la violation de la *Charte*.

[29] Finally, deterrence of future breaches of the right has also been widely recognized as a valid object of public law damages: e.g., *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328, at para. 19; *Taunoa*, at para. 259; *Fose*, at para. 96; *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30 (1983), at p. 49. Deterrence, like vindication, has a societal purpose. Deterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution. This purpose is similar to the criminal sentencing object of “general deterrence”, which holds that the example provided by the punishment imposed on a particular offender will dissuade potential criminals from engaging in criminal activity. When general deterrence is factored in the determination of the sentence, the offender is punished more severely, not because he or she deserves it, but because the court decides to send a message to others who may be inclined to engage in similar criminal activity: *R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941. Similarly, deterrence as an object of *Charter* damages is not aimed at deterring the specific wrongdoer, but rather at influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future.

[30] In most cases, all three objects will be present. Harm to the claimant will evoke the need for compensation. Vindication and deterrence will support the compensatory function and bolster the appropriateness of an award of damages. However, the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award. Indeed, the view that constitutional damages are available only for pecuniary or physical loss has been widely rejected in other constitutional democracies: see, e.g., *Anufrijeva*; *Fose*; *Taunoa*; *Smith*; and *Ramanoop*.

[31] In summary, damages under s. 24(1) of the *Charter* are a unique public law remedy, which

[29] Enfin, la dissuasion contre toute nouvelle violation du droit a aussi été reconnue dans plusieurs pays comme un objectif valable des dommages-intérêts de droit public : par ex., *Attorney General of Trinidad and Tobago c. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328, par. 19; *Taunoa*, par. 259; *Fose*, par. 96; *Smith c. Wade*, 461 U.S. 30 (1983), p. 49. La dissuasion, à l’instar de la défense des droits, joue un rôle sociétal. Elle cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d’assurer le respect de la Constitution. Cet objectif est semblable à un objectif de la détermination de la peine en matière pénale, soit la « dissuasion générale », voulant que la punition infligée à un délinquant serve d’exemple pour dissuader des criminels potentiels de se livrer à des activités criminelles. Quand la dissuasion générale est prise en compte dans la détermination de la peine, le délinquant est puni plus sévèrement, non pas parce qu’il le mérite, mais parce que le tribunal décide de transmettre un message à quiconque pourrait être tenté de se livrer à des activités criminelles similaires : *R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941. De même, la dissuasion en tant qu’objectif des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* ne vise pas le contrevenant lui-même, mais vise plutôt à influencer sur la conduite du gouvernement de sorte que l’État respecte la *Charte* à l’avenir.

[30] Dans la plupart des cas, les trois objectifs interviendront. Le préjudice causé au demandeur appellera l’indemnisation; la défense du droit et la dissuasion étayeront la fonction d’indemnisation et renforceront le caractère convenable des dommages-intérêts. Or, l’absence de préjudice personnel subi par le demandeur n’empêche pas l’octroi de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion. En effet, le point de vue voulant que des dommages-intérêts en matière constitutionnelle ne puissent être accordés que pour un préjudice pécuniaire ou physique a été largement rejeté dans d’autres démocraties constitutionnelles : voir, p. ex., *Anufrijeva*; *Fose*; *Taunoa*; *Smith*; et *Ramanoop*.

[31] En résumé, les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* constituent une

may serve the objectives of: (1) compensating the claimant for loss and suffering caused by the breach; (2) vindicating the right by emphasizing its importance and the gravity of the breach; and (3) deterring state agents from committing future breaches. Achieving one or more of these objects is the first requirement for “appropriate and just” damages under s. 24(1) of the *Charter*.

(4) Step Three: Countervailing Factors

[32] As discussed, the basic requirement for the award of damages to be “appropriate and just” is that the award must be functionally required to fulfill one or more of the objects of compensation, vindication of the right, or deterrence of future *Charter* breaches.

[33] However, even if the claimant establishes that damages are functionally justified, the state may establish that other considerations render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. A complete catalogue of countervailing considerations remains to be developed as the law in this area matures. At this point, however, two considerations are apparent: the existence of alternative remedies and concerns for good governance.

[34] A functional approach to damages under s. 24(1) means that if other remedies adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence, a further award of damages under s. 24(1) would serve no function and would not be “appropriate and just”. The *Charter* entered an existent remedial arena which already housed tools to correct violative state conduct. Section 24(1) operates concurrently with, and does not replace, these areas of law. Alternative remedies include private law remedies for actions for personal injury, other *Charter* remedies like declarations

réparation de droit public tout à fait particulière, qui peut répondre aux objectifs suivants : (1) indemniser le demandeur du préjudice et des souffrances résultant de la violation du droit; (2) défendre le droit en cause en soulignant son importance et la gravité de la violation; (3) dissuader les agents de l’État de porter atteinte au droit à l’avenir. La réalisation d’au moins un de ces objectifs est la première exigence à laquelle les dommages-intérêts doivent répondre pour constituer une réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

(4) Troisième étape : facteurs qui font contre-poids

[32] Comme nous venons de le voir, l’exigence fondamentale pour que l’octroi de dommages-intérêts constitue une réparation « convenable et juste » est que les dommages-intérêts soient nécessaires, d’un point de vue fonctionnel, à la réalisation d’au moins un des objectifs d’indemnisation, de défense des droits ou de dissuasion contre toute nouvelle violation de la *Charte*.

[33] Toutefois, même si le demandeur démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est fondé, d’un point de vue fonctionnel, l’État peut y opposer d’autres considérations en raison desquelles cette réparation ne serait pas convenable et juste. La liste exhaustive des considérations qui peuvent faire contre-poids sera établie au fil de l’évolution du droit dans ce domaine. À l’heure actuelle, cependant, deux considérations se dégagent : l’existence d’autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement.

[34] Suivant l’approche fonctionnelle des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1), si d’autres réparations répondent adéquatement aux objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion, l’octroi additionnel de dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne servirait aucune fonction et ne serait ainsi pas « convenable et juste ». La *Charte* s’est inscrite dans un régime de recours qui comportait déjà des outils pour corriger les comportements attentatoires de l’État. Le paragraphe 24(1) s’applique parallèlement à ces autres domaines du droit, sans s’y substituer. Les autres recours

under s. 24(1), and remedies for actions covered by legislation permitting proceedings against the Crown.

[35] The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. For example, if the claimant has brought a concurrent action in tort, it is open to the state to argue that, should the tort claim be successful, the resulting award of damages would adequately address the *Charter* breach. If that were the case, an award of *Charter* damages would be duplicative. In addition, it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages.

[36] The existence of a potential claim in tort does not therefore bar a claimant from obtaining damages under the *Charter*. Tort law and the *Charter* are distinct legal avenues. However, a concurrent action in tort, or other private law claim, bars s. 24(1) damages if the result would be double compensation: *Simpson v. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.), at p. 678.

[37] Declarations of *Charter* breach may provide an adequate remedy for the *Charter* breach, particularly where the claimant has suffered no personal damage. Considering declarations in *Taunoa*, at para. 368, McGrath J. writes:

comprennent les actions de droit privé pour préjudice personnel, les autres réparations fondées sur la *Charte*, comme les jugements déclaratoires rendus en vertu du par. 24(1), et les recours prévus par les lois qui autorisent des poursuites contre l'État.

[35] La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l'État, qui doit démontrer que d'autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n'est pas tenue de prouver qu'elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c'est à l'État de démontrer que d'autres recours possibles dans l'affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. Par exemple, l'État pourrait faire valoir que les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés à la demanderesse à l'issue de l'action concomitante en responsabilité délictuelle qu'elle a intentée constitueraient une réparation adéquate à la violation de la *Charte*. Si c'est le cas, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de cette dernière emporterait duplication. En outre, il se peut qu'une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[36] La possibilité d'exercer un recours en responsabilité délictuelle n'empêche donc pas un demandeur d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Le droit de la responsabilité délictuelle et la *Charte* constituent deux voies de droit distinctes. Cependant, une action concomitante en responsabilité délictuelle, ou autre action intentée en droit privé, fait obstacle à l'octroi de dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) s'il en résulte une double indemnisation : *Simpson c. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.), p. 678.

[37] Un jugement déclaratoire attestant qu'il y a eu violation de la *Charte* peut constituer une réparation adéquate, particulièrement lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice personnel. Le juge McGrath a écrit ce qui suit au sujet de telles déclarations dans *Taunoa*, au par. 368 :

The court's finding of a breach of rights and a declaration to that effect will often not only be appropriate relief but may also in itself be a sufficient remedy in the circumstances to vindicate a plaintiff's right. That will often be the case where no damage has been suffered that would give rise to a claim under private causes of action and, in the circumstances, if there is no need to deter persons in the position of the public officials from behaving in a similar way in the future. If in all the circumstances the court's pronouncement that there has been a breach of rights is a sufficiently appropriate remedy to vindicate the right and afford redress then, subject to any questions of costs, that will be sufficient to meet the primary remedial objective.

[38] Another consideration that may negate the appropriateness of s. 24(1) damages is concern for effective governance. Good governance concerns may take different forms. At one extreme, it may be argued that any award of s. 24(1) damages will always have a chilling effect on government conduct, and hence will impact negatively on good governance. The logical conclusion of this argument is that s. 24(1) damages would never be appropriate. Clearly, this is not what the Constitution intends. Moreover, insofar as s. 24(1) damages deter *Charter* breaches, they promote good governance. Compliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance.

[39] In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. This was the situation in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, where the claimant sought damages for state conduct pursuant to a valid statute. The Court held that the action must be struck on the ground that duly enacted laws should be enforced until declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power":

[TRANSLATION] Dans bien des cas, la conclusion du tribunal que les droits d'un demandeur ont été violés et le jugement déclaratoire l'attestant constitueront une réparation qui, non seulement est appropriée, mais peut en soi suffire dans les circonstances pour défendre le droit du demandeur. Ce sera souvent le cas lorsque ce dernier n'a subi aucun préjudice susceptible de recours en droit privé et que, dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de dissuader les personnes qui se trouvent dans la position des agents publics d'agir de manière semblable à l'avenir. Si la déclaration par le tribunal qu'il y a eu atteinte aux droits constitue, eu égard à l'ensemble des circonstances, une réparation suffisamment appropriée pour défendre le droit et accorder un redressement, sous réserve de la question des dépens, elle sera suffisante pour répondre à l'objectif principal de réparation.

[38] L'autre considération en raison de laquelle l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) peut ne pas être une réparation convenable est le souci de l'efficacité gouvernementale. Les préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent revêtir diverses formes. À l'extrême, on pourrait prétendre que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) aura toujours un effet paralysant sur la conduite de l'État, ce qui nuira au bon gouvernement. Logiquement, cet argument mène à la conclusion que les dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne seront jamais convenables. De toute évidence, ce n'est pas là l'intention exprimée dans la Constitution. En outre, lorsque les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) découragent les violations de la *Charte*, ils contribuent au bon gouvernement. Le respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement.

[39] En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. Il en était ainsi dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, où le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts contre l'État pour des actes accomplis en vertu d'une loi valide. La Cour a rejeté l'action au motif que les lois dûment promulguées doivent être appliquées tant qu'elles ne sont pas frappées d'invalidité, « en l'absence de comportement clairement

para. 78. The rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid. Thus, absent threshold misconduct, an action for damages under s. 24(1) of the *Charter* cannot be combined with an action for invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*: *Mackin*, at para. 81.

[40] The *Mackin* principle recognizes that the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. Legislative and policy-making functions are one such area of state activity. The immunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion. As Gonthier J. explained:

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. [para. 79]

[41] The government argues that the *Mackin* principle applies in this case, and, in the absence of state conduct that is at least “clearly wrong”, bars Mr. Ward’s claim. I cannot accept this submission. *Mackin* stands for the principle that state action taken under a statute which is subsequently declared invalid will not give rise to public law damages because good governance requires that public officials carry out their duties under valid statutes without fear of liability in the event that the statute is later struck down. The present is not a situation of state action pursuant to a valid statute that was subsequently declared invalid. Nor is the rationale animating the *Mackin* principle — that duly enacted laws should be enforced until

fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » de la part de l’État : par. 78. Il serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d’être éventuellement tenus de verser des dommages-intérêts par suite de l’invalidation d’une loi dissuade les gouvernements d’en assurer l’application alors qu’elle est encore valide. Par conséquent, sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être jumelée à une action en déclaration d’invalidité fondée sur l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : *Mackin*, par. 81.

[40] Suivant l’arrêt *Mackin*, l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à pouvoir exercer. Les fonctions législatives et l’élaboration de politiques sont un exemple de telles activités étatiques. L’immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d’élaboration de politiques. À ce sujet, le juge Gonthier a tenu les propos suivants :

[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*. [par. 79]

[41] Le gouvernement prétend que l’arrêt *Mackin* s’applique en l’espèce et, en l’absence de comportement « clairement fautif » de la part de l’État, fait obstacle à la demande de M. Ward. Je ne peux retenir cette prétention. L’arrêt *Mackin* étaye l’affirmation générale selon laquelle les actes accomplis par l’État en vertu d’une loi invalidée par la suite n’ouvrent pas droit à des dommages-intérêts de droit public parce qu’un bon gouvernement exige que les représentants de l’État exercent leurs fonctions en vertu des lois valides sans peur d’engager leur responsabilité si jamais la loi était invalidée. Or, le cas qui nous occupe ne porte pas sur un acte accompli par l’État en vertu d’une loi valide qui aurait été invalidée par la suite. Le raisonnement à la base du

declared invalid — applicable in the present situation. Thus, the *Mackin* immunity does not apply to this case.

[42] State conduct pursuant to a valid statute may not be the only situation in which the state might seek to show that s. 24(1) damages would deter state agents from doing what is required for effective governance, although no others have been established in this case. It may be that in the future other situations may be recognized where the appropriateness of s. 24(1) damages could be negated on grounds of effective governance.

[43] Such concerns may find expression, as the law in this area matures, in various defences to s. 24(1) claims. *Mackin* established a defence of immunity for state action under valid statutes subsequently declared invalid, unless the state conduct is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). If and when other concerns under the rubric of effective governance emerge, these may be expected to give rise to analogous public law defences. By analogy to *Mackin* and the private law, where the state establishes that s. 24(1) damages raise governance concerns, it would seem a minimum threshold, such as clear disregard for the claimant’s *Charter* rights, may be appropriate. Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that “malice” be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors (*Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339), while negligent police investigation, which does not involve the same quasi-judicial decisions as to guilt or innocence or the evaluation of evidence according to legal standards, contemplates the lower “negligence” standard (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129). When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be “appropriate and just”. While

principe énoncé dans *Mackin* — voulant que les lois dûment promulguées soient appliquées tant qu’elles ne sont pas frappées d’invalidité — ne s’applique pas non plus en l’espèce. L’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* ne trouve donc pas application ici.

[42] Il se peut que ce ne soit pas là la seule situation dans laquelle l’État voudra peut-être démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) dissuaderait ses agents de faire ce qui est nécessaire pour un gouvernement efficace, bien qu’il n’en ait soulevé aucune autre en l’espèce. Il n’est pas impossible que soient éventuellement reconnues d’autres situations dans lesquelles des préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale empêcheraient l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de constituer une réparation convenable.

[43] De telles préoccupations pourront, au fil de l’évolution du droit dans ce domaine, prendre la forme de divers moyens de défense aux demandes fondées sur le par. 24(1). L’arrêt *Mackin* a établi une défense d’immunité de l’État pour les actes accomplis en vertu d’une loi invalidée plus tard, sauf en cas de « comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » de la part de l’État (par. 78). D’autres préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale pourraient se dégager et fonder des moyens de défense de droit public semblables. Par analogie avec l’arrêt *Mackin* et le droit privé, dans les cas où l’État démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) suscite des préoccupations relatives au bon gouvernement, il pourrait être opportun d’établir un seuil minimal, par exemple une insouciance manifeste à l’égard des droits garantis au demandeur par la *Charte*. Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu’une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs (*Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339). En revanche, l’enquête policière négligente fait intervenir la norme moins élevée de « négligence », puisque le policier n’a pas à prendre les mêmes décisions quasi judiciaires quant à la culpabilité ou à l’innocence ni à soupeser la preuve en

the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state. Similarly, it may be necessary for the court to consider the procedural requirements of alternative remedies. Procedural requirements associated with existing remedies are crafted to achieve a proper balance between public and private interests, and the underlying policy considerations of these requirements should not be negated by recourse to s. 24(1) of the *Charter*. As stated earlier, s. 24(1) operates concurrently with, and does not replace, the general law. These are complex matters which have not been explored on this appeal. I therefore leave the exact parameters of future defences to future cases.

[44] I find it useful to add a comment on the judgment of our Court in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. *Béliveau St-Jacques* is not determinative of the availability of the public law remedy of damages under s. 24(1). The judgment raised specific issues concerning the interpretation of ss. 49 and 51 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and its interaction with the statutory regime set up under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001.

[45] If the claimant establishes breach of his *Charter* rights and shows that an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* would serve a functional purpose, having regard to the objects of s. 24(1) damages, and the state fails to negate that

fonction de normes juridiques (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts. De même, il peut se révéler nécessaire pour le tribunal de se pencher sur les exigences procédurales d’autres recours. Les exigences procédurales dont les recours existants sont assortis visent à concilier les intérêts publics et privés. Une demande en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne devrait pas faire échec aux considérations de politique générale qui sous-tendent ces exigences. Comme je l’ai dit précédemment, le par. 24(1) s’applique parallèlement aux règles générales du droit commun, sans s’y substituer. Il s’agit là de questions complexes inexplorées dans le cadre du présent pourvoi. Par conséquent, les paramètres exacts de moyens de défense à venir seront examinés à une autre occasion.

[44] Je crois utile d’ajouter une remarque au sujet du jugement de notre Cour dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Cet arrêt n’est pas déterminant en ce qui a trait à la possibilité d’exercer un recours en dommages-intérêts de droit public en vertu du par. 24(1). Il portait sur des questions particulières concernant l’interprétation des art. 49 et 51 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et leur interaction avec le régime législatif établi par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001.

[45] Si le demandeur prouve la violation de ses droits garantis par la *Charte* et démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* servirait un but fonctionnel eu égard aux objectifs de ces dommages-intérêts, et si l’État

the award is “appropriate and just”, the final step is to determine the appropriate amount of the damages.

(5) Step Four: Quantum of Section 24(1) Damages

[46] The watchword of s. 24(1) is that the remedy must be “appropriate and just”. This applies to the amount, or quantum, of damages awarded as much as to the initial question of whether damages are a proper remedy.

[47] As discussed earlier, damages may be awarded to compensate the claimant for his loss, to vindicate the right or to deter future violations of the right. These objects, the presence and force of which vary from case to case, determine not only whether damages are appropriate, but also the amount of damages awarded. Generally, compensation will be the most important object, and vindication and deterrence will play supporting roles. This is all the more so because other *Charter* remedies may not provide compensation for the claimant’s personal injury resulting from the violation of his *Charter* rights. However, as discussed earlier, cases may arise where vindication or deterrence play a major and even exclusive role.

[48] Where the objective of compensation is engaged, the concern is to restore the claimant to the position she would have been in had the breach not been committed, as discussed above. As in a tort action, any claim for compensatory damages must be supported by evidence of the loss suffered.

[49] In some cases, the *Charter* breach may cause the claimant pecuniary loss. Injuries, physical and psychological, may require medical treatment, with attendant costs. Prolonged detention may result in

ne réussit pas à réfuter le caractère « convenable et juste » de l’octroi de dommages-intérêts, la dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts qu’il convient d’accorder.

(5) Quatrième étape : montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1)

[46] Le mot d’ordre du par. 24(1) veut que la réparation soit « convenable et juste ». Ce critère s’applique tout autant au montant des dommages-intérêts qu’à la question initiale de savoir si des dommages-intérêts constituent une réparation convenable.

[47] Comme nous l’avons vu, des dommages-intérêts peuvent être accordés afin d’indemniser le demandeur du préjudice subi, de défendre le droit en cause ou de décourager toute nouvelle violation de ce droit. C’est en fonction de ces objectifs, dont la présence et l’importance varient d’une affaire à l’autre, que le tribunal non seulement décidera s’il est opportun d’accorder des dommages-intérêts, mais en déterminera le montant. Règle générale, l’indemnisation constituera le plus important objectif, tandis que la défense du droit et la dissuasion joueront des rôles secondaires. Cela est d’autant plus vrai que d’autres réparations possibles en vertu de la *Charte* ne permettront pas nécessairement d’indemniser le demandeur pour le préjudice personnel découlant de l’atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Toutefois, comme je l’ai mentionné précédemment, il peut arriver que la défense du droit ou la dissuasion jouent un rôle important, voire exclusif.

[48] Rappelons que l’objectif d’indemnisation vise à replacer la demanderesse dans la même situation que si ses droits n’avaient pas été violés. Toute demande de dommages-intérêts compensatoires doit, comme dans le cadre d’une action en responsabilité délictuelle, être étayée par une preuve du préjudice subi.

[49] Dans certains cas, la violation de la *Charte* est susceptible de se traduire par des pertes financières pour le demandeur. Celui-ci pourrait en outre subir un préjudice physique ou psychologique nécessitant

loss of earnings. *Restitutio in integrum* requires compensation for such financial losses.

[50] In other cases, like this one, the claimant's losses will be non-pecuniary. Non-pecuniary damages are harder to measure. Yet they are not by that reason to be rejected. Again, tort law provides assistance. Pain and suffering are compensable. Absent exceptional circumstances, compensation is fixed at a fairly modest conventional rate, subject to variation for the degree of suffering in the particular case. In extreme cases of catastrophic injury, a higher but still conventionally determined award is given on the basis that it serves the function purpose of providing substitute comforts and pleasures: *Andrews v. Grand & Toy*.

[51] When we move from compensation to the objectives of vindication and deterrence, tort law is less useful. Making the appropriate determinations is an exercise in rationality and proportionality and will ultimately be guided by precedent as this important chapter of *Charter* jurisprudence is written by Canada's courts. That said, some initial observations may be made.

[52] A principal guide to the determination of quantum is the seriousness of the breach, having regard to the objects of s. 24(1) damages. The seriousness of the breach must be evaluated with regard to the impact of the breach on the claimant and the seriousness of the state misconduct: see, in the context of s. 24(2), *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. Generally speaking, the more egregious the conduct and the more serious the repercussions on the claimant, the higher the award for vindication or deterrence will be.

[53] Just as private law damages must be fair to both the plaintiff and the defendant, so s. 24(1) damages must be fair — or “appropriate and

des soins médicaux qui engendrent des frais. Aussi, une longue incarcération peut lui causer des pertes de revenus. Le principe *restitutio in integrum* appelle l'indemnisation de ces pertes financières.

[50] Dans d'autres cas, comme celui qui nous occupe, le préjudice n'est pas de nature pécuniaire. Un tel préjudice est plus difficile à évaluer. Il ne doit cependant pas pour autant être écarté. Le droit de la responsabilité délictuelle peut à nouveau nous être utile. La souffrance est un préjudice indemnisable. À moins de circonstances exceptionnelles, le montant de l'indemnisation sera fixé selon l'usage à un niveau assez modeste, bien qu'il puisse varier en fonction du degré de souffrance dans un cas donné. Des dommages-intérêts d'un montant plus élevé, fixé lui aussi selon l'usage, sont accordés dans les cas extrêmes de préjudice catastrophique, parce qu'ils servent un objectif fonctionnel en procurant réconfort et agrément en guise de consolation : *Andrews c. Grand & Toy*.

[51] Lorsqu'on ne s'intéresse plus à l'indemnisation, mais aux objectifs de défense du droit et de dissuasion, le droit de la responsabilité délictuelle perd de son utilité. Statuer sur ces questions est un exercice de rationalité et de proportionnalité qui s'inspire des précédents établis au gré de l'évolution de cet important chapitre de la jurisprudence canadienne relative à la *Charte*. Cela dit, certaines observations préliminaires peuvent être faites.

[52] Un paramètre important de la fixation du montant est la gravité de la violation eu égard aux objectifs des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1). La gravité de l'atteinte doit être évaluée au regard de son incidence sur le demandeur et de la gravité de la faute de l'État : voir, dans le contexte du par. 24(2), *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Règle générale, plus la conduite et ses conséquences pour le demandeur seront graves, plus le montant des dommages-intérêts accordés au titre des objectifs de défense du droit et de dissuasion sera élevé.

[53] De même que les dommages-intérêts de droit privé doivent être équitables à la fois envers le demandeur et envers le défendeur, le montant des

just” — to both the claimant and the state. The court must arrive at a quantum that respects this. Large awards and the consequent diversion of public funds may serve little functional purpose in terms of the claimant’s needs and may be 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.

[54] Courts in other jurisdictions where an award of damages for breach of rights is available have generally been careful to avoid unduly high damage awards. This may reflect the difficulty of assessing what is required to vindicate the right and deter future breaches, as well as the fact that it is society as a whole that is asked to compensate the claimant. Nevertheless, to be “appropriate and just”, an award of damages must represent a meaningful response to the seriousness of the breach and the objectives of compensation, upholding *Charter* values, and deterring future breaches. The private law measure of damages for similar wrongs will often be a useful guide. However, as Lord Nicholls warns in *Ramanoop*, at para. 18, “this measure is no more than a guide because . . . the violation of the constitutional right will not always be coterminous with the cause of action at law”.

[55] In assessing s. 24(1) damages, the court must focus on the breach of *Charter* rights as an independent wrong, worthy of compensation in its own right. At the same time, damages under s. 24(1) should not duplicate damages awarded under

dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) doit être équitable — ou « convenable et juste » — à la fois envers le demandeur et envers l’État. Le tribunal doit fixer un montant qui respecte ce principe. Il se peut que l’octroi d’une somme élevée — prélevée sur les fonds publics — ne soit pas très utile, d’un point de vue fonctionnel, pour ce qui est de répondre aux besoins du demandeur et ne se révèle ni convenable ni juste dans une perspective publique. Le tribunal, dans son évaluation d’un montant équitable à la fois envers le demandeur et envers l’État, peut mettre dans la balance l’intérêt public au bon gouvernement, le risque de dissuader les gouvernements d’élaborer des programmes et politiques bénéfiques et la nécessité d’éviter que de gros montants soient prélevés sur le budget des programmes publics pour être consacrés à des intérêts privés.

[54] Les tribunaux d’autres pays où l’octroi de dommages-intérêts pour la violation d’un droit est possible ont en général veillé à éviter l’octroi de dommages-intérêts exagérément élevés. Cette tendance tient sans doute à la difficulté de déterminer la somme requise pour la défense du droit et la dissuasion contre de nouvelles violations, et aussi au fait que c’est la société dans son ensemble qui se voit tenue d’indemniser le demandeur. Néanmoins, pour constituer une réparation « convenable et juste », les dommages-intérêts doivent répondre réellement à la gravité de l’atteinte et aux objectifs d’indemnisation, d’affirmation des valeurs de la *Charte* et de dissuasion contre de nouvelles violations. Le calcul des dommages-intérêts de droit privé accordés pour un préjudice semblable pourra souvent servir de guide. Mais il faut tenir compte de la mise en garde faite par lord Nicholls, au par. 18, dans *Ramanoop* : [TRADUCTION] « ce montant ne constitue cependant qu’un guide parce que [. . .] la violation du droit constitutionnel ne coïncidera pas toujours avec la cause d’action en common law ».

[55] Pour fixer le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1), le tribunal doit aborder la violation des droits garantis par la *Charte* comme un préjudice distinct justifiant en soi une indemnisation. Par ailleurs, les dommages-intérêts

private law causes of action, such as tort, where compensation of personal loss is at issue.

[56] A final word on exemplary or punitive damages. In *Mackin*, Justice Gonthier speculated that “[i]n theory, a plaintiff could seek compensatory and punitive damages by way of ‘appropriate and just’ remedy under s. 24(1) of the *Charter*”: para. 79. The reality is that public law damages, in serving the objects of vindication and deterrence, may assume a punitive aspect. Nevertheless, it is worth noting a general reluctance in the international community to award purely punitive damages: see *Taunoa*, at paras. 319-21.

[57] To sum up, the amount of damages must reflect what is required to functionally serve the objects of compensation, vindication of the right and deterrence of future breaches, insofar as they are engaged in a particular case, having regard to the impact of the breach on the claimant and the seriousness of the state conduct. The award must be appropriate and just from the perspective of the claimant and the state.

(6) Forum and Procedure

[58] For a tribunal to grant a *Charter* remedy under s. 24(1), it must have the power to decide questions of law and the remedy must be one that the tribunal is authorized to grant: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. Generally, the appropriate forum for an award of damages under s. 24(1) is a court which has the power to consider *Charter* questions and which by statute or inherent jurisdiction has the power to award damages. Provincial criminal courts are not so empowered and thus do not have the power to award damages under s. 24(1).

accordés en vertu du par. 24(1) ne doivent pas emporter duplication des dommages-intérêts obtenus sur le fondement de causes d’action relevant du droit privé, comme un délit civil, dans les cas où l’indemnisation d’un préjudice personnel est en cause.

[56] Un mot, en terminant, sur la question des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Dans *Mackin*, le juge Gonthier a avancé l’hypothèse qu’un demandeur « pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation “convenable et juste” en vertu du par. 24(1) de la *Charte* » : par. 79. Dans les faits, les dommages-intérêts de droit public, de par leurs objectifs de défense des droits et de dissuasion, peuvent revêtir un aspect punitif. Il convient toutefois de souligner une réticence générale dans la communauté internationale à accorder des dommages-intérêts purement punitifs : voir *Taunoa*, par. 319-321.

[57] En résumé, le montant des dommages-intérêts doit correspondre à la somme nécessaire pour réaliser, d’un point de vue fonctionnel, les objectifs d’indemnisation, de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations, dans la mesure où ces objectifs interviennent dans l’affaire, eu égard à l’incidence de la violation pour le demandeur et à la gravité de la conduite des représentants de l’État. La réparation doit être convenable et juste du point de vue à la fois du demandeur et de l’État.

(6) Tribunal et procédure

[58] Pour qu’un tribunal puisse accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il doit avoir le pouvoir de trancher une question de droit et d’accorder la réparation en cause : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Règle générale, le tribunal approprié pour l’obtention de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est un tribunal qui a le pouvoir de trancher des questions relatives à la *Charte* et celui, en vertu d’une loi ou de sa compétence inhérente, d’accorder des dommages-intérêts. Les cours provinciales de juridiction criminelle ne possèdent pas de tels pouvoirs et ne peuvent donc pas accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

[59] As was done here, the claimant may join a s. 24(1) claim with a tort claim. It may be useful to consider the tort claim first, since if it meets the objects of *Charter* damages, recourse to s. 24(1) will be unnecessary. This may add useful context and facilitate the s. 24(1) analysis. This said, it is not essential that the claimant exhaust her remedies in private law before bringing a s. 24(1) claim.

B. *Application to the Facts*

[60] At trial, Justice Tysoe held that the provincial correction officers' strip search and the Vancouver Police Department's vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. There are thus two distinct claims to consider.

(1) Damages for the Strip Search

[61] The first question is whether Mr. Ward has established entitlement to the s. 24(1) remedy of damages. This requires him to show: (1) a breach of his *Charter* rights; and (2) that an award of damages would serve a functional purpose in the circumstances, having regard to the objects of s. 24(1) damages. If these are established, the burden shifts to the state (step 3) to show why, having regard to countervailing factors, an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* would be inappropriate. If the state fails to negate s. 24(1) damages, the inquiry moves to the final step, assessment of the appropriate amount of the damages.

[62] Here the first step is met. Justice Tysoe found that the strip search violated Mr. Ward's personal rights under s. 8 of the *Charter*. This finding is

[59] Le demandeur peut, comme en l'espèce, joindre une demande fondée sur le par. 24(1) à une demande en responsabilité délictuelle. Et il peut être utile d'examiner en premier la demande en responsabilité délictuelle, étant donné qu'il ne sera pas nécessaire de faire appel au par. 24(1) si cette demande répond aux objectifs de l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Cet examen peut révéler des éléments contextuels pertinents et faciliter l'analyse fondée sur le par. 24(1). Cela dit, il n'est pas essentiel que le demandeur épuise ses recours en droit privé avant de présenter une demande fondée sur le par. 24(1).

B. *Application aux faits*

[60] Lors du procès, le juge Tysoe a conclu que la fouille à nu effectuée par les agents de correction employés par la province et la saisie du véhicule par le service de police de Vancouver ont porté atteinte au droit de M. Ward à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Il faut donc examiner deux demandes distinctes.

(1) Dommages-intérêts pour la fouille à nu

[61] La première question à trancher est de savoir si M. Ward a établi son droit à des dommages-intérêts en application du par. 24(1). Il lui faut pour cela démontrer 1) qu'il a été porté atteinte à l'un de ses droits garantis par la *Charte* et 2) que l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel dans les circonstances, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1). Une fois ces éléments établis, le fardeau est inversé et l'État (étape 3) doit démontrer pourquoi, au regard de facteurs faisant contre-poids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne serait pas convenable. Si l'État n'y parvient pas, on passe à l'étape finale qui consiste à fixer le juste montant des dommages-intérêts.

[62] En l'espèce, il est satisfait à la première étape. Le juge Tysoe a conclu que la fouille à nu a porté atteinte aux droits personnels garantis à M. Ward

not challenged on this appeal. Nor is it suggested that the British Columbia Supreme Court is not an appropriate forum for the action.

[63] The second question is whether damages would serve a functional purpose by serving one or more of the objects of s. 24(1) damages — compensation, vindication and deterrence.

[64] In this case, the need for compensation bulks large. Mr. Ward's injury was serious. He had a constitutional right to be free from unreasonable search and seizure, which was violated in an egregious fashion. Strip searches are inherently humiliating and degrading regardless of the manner in which they are carried out and thus constitute significant injury to an individual's intangible interests: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 90.

[65] The corrections officers' conduct which caused the breach of Mr. Ward's *Charter* rights was also serious. Minimum sensitivity to *Charter* concerns within the context of the particular situation would have shown the search to be unnecessary and violative. Mr. Ward did not commit a serious offence, he was not charged with an offence associated with evidence being hidden on the body, no weapons were involved and he was not known to be violent or to carry weapons. Mr. Ward did not pose a risk of harm to himself or others, nor was there any suggestion that any of the officers believed that he did. In these circumstances, a reasonable person would understand that the indignity resulting from the search was disproportionate to any benefit which the search could have provided. In addition, without asking officers to be conversant with the details of court rulings, it is not too much to expect that police would be familiar with the settled law that routine strip searches are inappropriate where the individual is being held for a short time in police cells, is not mingling with the general prison population, and where the police have no legitimate concerns that the individual is

par l'art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion n'est pas contestée devant nous. Il n'est pas allégué non plus que la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne serait pas le tribunal approprié pour entendre l'action.

[63] La deuxième question est de savoir si l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel en répondant à un ou plusieurs des objectifs de l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), soit l'indemnisation, la défense du droit et la dissuasion.

[64] En l'espèce, l'indemnisation occupe une place importante. Le préjudice subi par M. Ward est grave. Il a le droit constitutionnel de ne pas subir de fouilles, perquisitions ni saisies abusives et il a été porté atteinte à ce droit de façon flagrante. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, peu importe la manière dont elles sont effectuées et constituent une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 90.

[65] La conduite des agents de correction à l'origine de la violation des droits garantis à M. Ward par la *Charte* était grave elle aussi. Une conscience minimale des préceptes de la *Charte* dans ce contexte aurait permis de reconnaître que la fouille était inutile et attentatoire. M. Ward n'a pas commis d'infraction grave, n'a pas été accusé d'une infraction reliée à un élément de preuve caché sur lui, aucune arme n'était en cause et il n'était pas reconnu pour être une personne violente ou pour porter des armes. M. Ward ne présentait aucun risque pour lui-même ou pour autrui, et rien ne donnait à penser que l'un ou l'autre des agents n'était pas de cet avis. En pareilles circonstances, une personne raisonnable aurait compris que l'humiliation résultant de la fouille était disproportionnée par rapport à tout avantage qui aurait pu en découler. En outre, sans demander aux agents de connaître à fond les détails des décisions judiciaires, il n'est pas exagéré de s'attendre à ce que les policiers connaissent bien le principe juridique reconnu selon lequel une fouille à nu de routine n'est pas appropriée lorsque la personne est détenue pour une courte période dans les cellules du poste de police, qu'elle n'est pas mêlée

concealing weapons that could be used to harm themselves or others: *Golden*, at para. 97.

[66] In sum, the *Charter* breach significantly impacted on Mr. Ward's person and rights and the police conduct was serious. The impingement on Mr. Ward calls for compensation. Combined with the police conduct, it also engages the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches. It follows that compensation is required in this case to functionally fulfill the objects of public law damages.

[67] The next question is whether the state has established countervailing factors that would render s. 24(1) damages inappropriate or unjust.

[68] The state has not established that alternative remedies are available to achieve the objects of compensation, vindication or deterrence with respect to the strip search. Mr. Ward sued the officers for assault, as well as the City and the Province for negligence. These claims were dismissed and their dismissal was not appealed to this Court. While this defeated Mr. Ward's claim in tort, it did not change the fact that his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure was violated. No tort action was available for that violation and a declaration will not satisfy the need for compensation. Mr. Ward's only recourse is a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*. Nor has the state established that an award of s. 24(1) damages is negated by good governance considerations, such as those raised in *Mackin*.

à la population carcérale générale et que les policiers n'ont aucune crainte légitime qu'elle dissimule des armes qu'elle pourrait retourner contre elle-même ou employer pour blesser d'autres personnes : *Golden*, par. 97.

[66] En résumé, la violation de la *Charte* a eu des conséquences non négligeables sur la personne de M. Ward et sur ses droits, et la conduite reprochée aux policiers était grave. L'atteinte portée aux droits de M. Ward exige qu'il soit indemnisé. Combinée à la conduite des policiers, elle fait aussi intervenir les objectifs de défense du droit en cause et de dissuasion contre de nouvelles violations. Par conséquent, l'octroi de dommages-intérêts est requis en l'espèce pour que, d'un point de vue fonctionnel, les objectifs des dommages-intérêts de droit public soient remplis.

[67] La question qui se pose ensuite est de savoir si l'État a démontré l'existence de facteurs pouvant faire contrepoids, compte tenu desquels les dommages-intérêts ne constitueraient pas une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1).

[68] L'État n'a pas démontré que d'autres recours pourraient permettre de répondre aux objectifs d'indemnisation, de défense du droit et de dissuasion concernant la fouille à nu. M. Ward a poursuivi les agents pour voies de fait, ainsi que la ville et la province pour négligence. Ces demandes ont été rejetées et leur rejet n'a pas été porté en appel devant nous. Bien que le recours de M. Ward en responsabilité délictuelle ait ainsi échoué, il demeure qu'il a été porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Aucune action en responsabilité délictuelle n'était possible relativement à cette atteinte et un jugement déclaratoire ne répondrait pas à la nécessité d'indemniser M. Ward. Son seul recours consiste à demander des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. De plus, l'État n'a pas démontré que des préoccupations relatives à l'efficacité gouvernementale semblables à celles soulevées dans *Mackin* empêchent l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

[69] I conclude that damages for the strip search of Mr. Ward are required in this case to functionally fulfill the objects of public law damages, and therefore are *prima facie* “appropriate and just”. The state has not negated this. It follows that damages should be awarded for this breach of Mr. Ward’s *Charter* rights.

[70] This brings us to the issue of quantum. As discussed earlier, the amount of damages must reflect what is required to functionally fulfill the relevant objects of s. 24(1) compensation, while remaining fair to both the claimant and the state.

[71] The object of compensation focuses primarily on the claimant’s personal loss: physical, psychological, pecuniary, and harm to intangible interests. The claimant should, in so far as possible, be placed in the same position as if his *Charter* rights had not been infringed. Strip searches are inherently humiliating and thus constitute a significant injury to an individual’s intangible interests regardless of the manner in which they are carried out. That said, the present search was relatively brief and not extremely disrespectful, as strip searches go. It did not involve the removal of Mr. Ward’s underwear or the exposure of his genitals. Mr. Ward was never touched during the search and there is no indication that he suffered any resulting physical or psychological injury. While Mr. Ward’s injury was serious, it cannot be said to be at the high end of the spectrum. This suggests a moderate damages award.

[72] The objects of vindication and deterrence engage the seriousness of the state conduct. The corrections officers’ conduct was serious and reflected a lack of sensitivity to *Charter* concerns. That said, the officers’ action was not intentional,

[69] Je conclus que l’octroi de dommages-intérêts à M. Ward pour la fouille à nu qu’il a subie est requis en l’espèce pour répondre, d’un point de vue fonctionnel, aux objectifs des dommages-intérêts de droit public et qu’il constitue par conséquent une réparation à première vue « convenable et juste ». L’État n’a pas fait la preuve du contraire. Il convient donc d’accorder des dommages-intérêts en réparation de l’atteinte aux droits garantis à M. Ward par la *Charte*.

[70] Ce qui nous amène à la question du montant. Comme je l’ai expliqué, le montant des dommages-intérêts doit correspondre à la somme nécessaire, d’un point de vue fonctionnel, à la réalisation des objectifs pertinents d’une indemnisation fondée sur le par. 24(1), tout en demeurant équitable pour le demandeur et pour l’État.

[71] L’objectif d’indemnisation est axé principalement sur le préjudice personnel subi par le demandeur : préjudice physique, psychologique ou pécuniaire et atteinte à ses intérêts intangibles. Le demandeur devrait, dans la mesure du possible, être remis dans la même situation que si ses droits garantis par la *Charte* n’avaient pas été violés. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et constituent de ce fait une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne, peu importe la manière dont elles sont effectuées. Cela dit, la fouille qui nous occupe en l’espèce a été relativement brève et n’a pas été effectuée de manière extrêmement irrespectueuse par comparaison avec d’autres fouilles. M. Ward n’a pas été contraint d’enlever son sous-vêtement ni de dévoiler ses organes génitaux. Il n’a jamais été touché durant la fouille, et rien n’indique que celle-ci lui ait causé un préjudice physique ou psychologique. Certes, le préjudice subi par M. Ward est grave, mais on ne peut pas dire qu’il se situe au haut de l’échelle de gravité. La situation appellerait donc des dommages-intérêts d’un montant modéré.

[72] Les objectifs de défense du droit et de dissuasion sont liés à la gravité de la conduite de l’État. La façon dont les agents de correction se sont conduits est grave et témoigne d’une ignorance des préceptes de la *Charte*. Cela dit, les actes des agents n’étaient

in that it was not malicious, high-handed or oppressive. In these circumstances, the objects of vindication and deterrence do not require an award of substantial damages against the state.

[73] Considering all the factors, including the appropriate degree of deference to be paid to the trial judge's exercise of remedial discretion, I conclude that the trial judge's \$5,000 damage award was appropriate.

(2) Damages for the Car Seizure

[74] As with the strip search, we must determine whether Mr. Ward has established entitlement to the s. 24(1) remedy of damages to compensate for the constitutional wrong he suffered due to the City's seizure of his vehicle. Again, this requires determining: (1) breach of *Charter* right; (2) whether an award of damages would serve a functional purpose, having regard to the objects of s. 24(1) damages; (3) whether the state has established countervailing factors negating an award of s. 24(1) damages; and (4) quantum, if the right to damages is established.

[75] The trial judge found that the seizure of the car violated Mr. Ward's rights under s. 8 of the *Charter*. This finding is not contested and thus satisfies the first requirement.

[76] The next question is whether Mr. Ward has established that damages under s. 24(1) for the car seizure are appropriate and just from a functional perspective.

[77] The object of compensation is not engaged by the seizure of the car. The trial judge found that Mr. Ward did not suffer any injury as a result of the seizure. His car was never searched and, upon his

pas intentionnels, en ce sens qu'ils n'ont pas agi d'une manière malveillante, tyrannique ou oppressive. Compte tenu de ces circonstances, les objectifs de défense du droit et de dissuasion n'exigent pas que l'État soit contraint de verser des dommages-intérêts substantiels.

[73] Tout bien considéré, y compris le degré de déférence requis envers l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en matière de réparation, je conclus que les dommages-intérêts de 5 000 \$ qu'il a accordés étaient convenables.

(2) Dommages-intérêts pour la saisie de la voiture

[74] Comme dans le cas de la fouille à nu, il nous faut déterminer si M. Ward a établi son droit à des dommages-intérêts en application du par. 24(1), à titre d'indemnisation pour l'atteinte à ses droits constitutionnels causée par la saisie de son véhicule par la ville. Là encore, il faut établir (1) qu'il a été porté atteinte à un droit garanti par la *Charte*; (2) que l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1); (3) pourquoi, au regard de facteurs pouvant faire contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne serait pas convenable et (4) le montant des dommages-intérêts, si le droit à ceux-ci est établi.

[75] Le juge de première instance a conclu que la saisie de la voiture portait atteinte aux droits garantis à M. Ward par l'art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion n'étant pas contestée, la première condition est remplie.

[76] La question suivante est de savoir si M. Ward a démontré que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) pour la saisie de sa voiture constitue une réparation convenable et juste, d'un point de vue fonctionnel.

[77] L'objectif d'indemnisation n'intervient pas à l'égard de la saisie de la voiture. Le juge de première instance a conclu que la saisie n'avait causé aucun préjudice à M. Ward. Sa voiture n'a jamais

release from lockup, Mr. Ward was driven to the police compound to pick up the vehicle. Nor are the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches compelling. While the seizure was wrong, it was not of a serious nature. The police officers did not illegally search the car, but rather arranged for its towing under the impression that it would be searched once a warrant had been obtained. When the officers determined that they did not have grounds to obtain the required warrant, the vehicle was made available for pickup.

[78] I conclude that a declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* adequately serves the need for vindication of the right and deterrence of future improper car seizures.

VII. Disposition

[79] The appeal is allowed in part. The award against the City in the amount of \$100 is set aside, substituted by a declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. The award of damages against the Province in the sum of \$5,000 for breach of Mr. Ward's s. 8 *Charter* rights is confirmed.

[80] We have been informed of a pre-existing agreement between Mr. Ward and the Province regarding costs and, as such, no cost order is made between Mr. Ward and the Province. No costs are awarded to or against the City.

Appeal allowed in part.

*Solicitor for the appellant the City of Vancouver:
City of Vancouver, Vancouver.*

été fouillée et, à sa libération du centre de détention, M. Ward a été conduit à la fourrière, où il a pu récupérer son véhicule. Les objectifs de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations ne sont pas non plus déterminants. Certes, la saisie de la voiture était fautive, mais n'était pas de nature grave. Les policiers n'ont pas fouillé illégalement la voiture; ils l'ont plutôt fait remorquer, croyant qu'une fouille serait effectuée après obtention d'un mandat. Lorsque les policiers sont arrivés à la conclusion qu'ils ne disposaient pas des motifs nécessaires à l'obtention du mandat requis, ils ont pris des mesures pour restituer le véhicule.

[78] Je conclus qu'un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) attestant que la saisie du véhicule a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Ward répond adéquatement à la nécessité de défendre son droit et de décourager de nouvelles saisies irrégulières.

VII. Dispositif

[79] Le pourvoi est accueilli en partie. L'octroi des dommages-intérêts de 100 \$ payables par la ville est annulé et remplacé par un jugement déclaratoire, rendu en vertu du par. 24(1), attestant que la saisie de la voiture a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à M. Ward par l'art. 8 de la *Charte*. La décision d'ordonner à la province de verser des dommages-intérêts de 5 000 \$ à M. Ward en réparation de la violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* est confirmée.

[80] Nous avons été informés de l'existence d'une entente intervenue entre M. Ward et la province relativement aux dépens et, pour cette raison, aucune ordonnance quant aux dépens n'est rendue à leur égard. La ville ne recevra ni ne paiera aucuns dépens.

Pourvoi accueilli en partie.

*Procureur de l'appelante la Ville de Vancouver :
Ville de Vancouver, Vancouver.*

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Samuels & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.

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.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto; Falconer Charney, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Ottawa Police Service, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Samuels & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

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.

Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto; Falconer Charney, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Service de police d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intervenants l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.